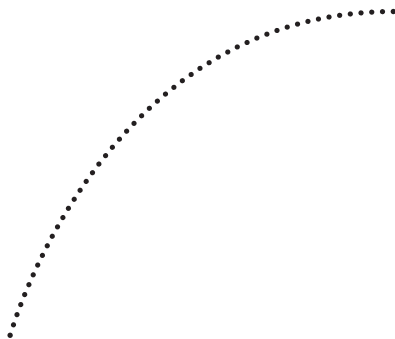


*U*na nueva política
en materia de espacio y
orden públic*O*



Grupo de Estudios de Política Criminal



© COPYRIGHT

- Grupo de Estudios de Política criminal
- Jueces para la democracia

Edita: Grupo de Estudios de Política Criminal y Editorial Tirant lo Blanch.
Distribuye: Tirant lo blanch. C/. Artes Gráficas, 14 bajo Dcha. 46010 - Valencia
Venta electrónica: tb@tirant.com
Imprime: Imagraf impresores. Telf. 952 32 85 97
ISBN: 978-84-9190-397-0
Depósito Legal: V-1538-2018

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| Presentación..... | 7 |
| Manifiesto por una nueva política criminal en materia de espacio y orden público | 9 |
| Firmantes..... | 14 |
| Propuesta alternativa a la actual regulación de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia..... | 19 |
| Propuesta alternativa a la actual regulación de los delitos de desórdenes públicos..... | 33 |
| Propuesta alternativa de regulación administrativa del uso del espacio y el orden público..... | 45 |
| I. Ejercicio de derechos de reunión y manifestación en el espacio público. | 45 |
| I.1. Propuestas de reforma de la LO 4/2015 de seguridad ciudadana..... | 46 |
| II. El trabajo sexual en el espacio público. | 53 |
| II.1. Propuesta de reforma de las ordenanzas de convivencia, la LO 4/2015, de seguridad andaluza y otras normas de derecho administrativo sancionador | 57 |
| III. El “top manta” | 61 |
| III.1. Propuesta de reforma de la LO 4/2015 de seguridad ciudadana y de las diversas ordenanzas que sancionan esta actividad | 65 |
| III.2. Excurso: una propuesta alternativa de reforma del Código penal..... | 66 |
| Firmantes..... | 69 |

P RESENTACIÓN

Los Estados que procuran una justificación democrática a su propia existencia deben partir de los derechos fundamentales de la ciudadanía como principal fuente de legitimación, así como de la protección y promoción de la participación política y social de aquélla en sus diversas formas de manifestación. La autoridad que pueden y deben ejercer las diversas estructuras estatales, singularmente las que tienen como función la tutela de la seguridad ciudadana, es instrumental a aquellas fuentes de legitimidad y no puede constituir un valor en sí mismo. El propio concepto de seguridad pública debe ser tributario de una concepción democrática que no confunda la paz pública con el simple orden de la calle y la pasividad social. Ello exige que la protección del orden público esté articulada con fundamento en esa visión democrática de la autoridad estatal. El alcance, y fundamento que se quiera dar a la autoridad ejercida por el Estado, así como la naturaleza que se otorgue al espacio público, como espacio de convivencia democrática, definen necesariamente el contenido de la política criminal que se desarrolle en un determinado momento. En los últimos tiempos asistimos a un reforzamiento de las visiones más autoritarias del Estado que, desprovisto por la ola neoliberal de sus funciones prestacionales, procura, en una exacerbación de la percepción de los peligros actuales, una fuente de legitimación falaz para un reforzamiento de un principio de autoridad más securitario que democrático. De la misma forma, en ese mismo contexto, pretende reducir a la ciudadanía a silente observadora, o sufridora, de decisiones que cada vez aparecen más alejadas de los centros de decisión democrática, y niega el derecho al uso del espacio público por esa ciudadanía, al tiempo que lo privatiza o somete a lógicas de mercado que resultan excluyentes.

Por todo ello, el Grupo de Estudios de Política Criminal reaccionó tempranamente tanto ante la reforma del Código penal en

2015, como ante la aprobación ese mismo año de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana aprobando un Manifiesto en el que se criticaba duramente la nueva política criminal en materia de orden público. En la Asamblea general ordinaria de la asociación, celebrada en Bilbao los días 15 y 16 de abril de 2016, se aprobó el referido Manifiesto y se iniciaron las tareas de reflexión para proponer alternativas a la regulación que en el Código Penal se ofrece de las materias más directamente ligadas a estos temas. Así mismo, el Grupo estimó necesario abordar diversas regulaciones referidas al espacio público, que, entendido como espacio de ejercicio de derechos, se opone a su mercantilización y a la expulsión del uso del mismo a determinados colectivos especialmente vulnerables que, de suyo, ya padecen la exclusión social. Tras diferentes reuniones, en las que nos hemos visto obligados a pronunciarnos sobre otros acontecimientos que han supuesto tener que postergar este trabajo, ofrecemos al lector el fruto de nuestras reflexiones, cuyo objetivo es contribuir a consolidar la cultura de los derechos y las libertades y, de ese modo, conformar una sociedad civil sólida, capaz de exigir a sus dirigentes que ajusten sus decisiones a una concepción democrática del poder.

La Junta Directiva

MANIFIESTO

POR UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE ESPACIO Y ORDEN PÚBLICO

«1. En las sociedades democráticas el concepto de orden público ha de vincularse necesariamente con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que la existencia de éstos constituye el presupuesto de la propia organización política. En consecuencia, una nueva política criminal en materia de orden público debería proscribir la tipificación de infracciones penales y/o administrativas que sancionen el ejercicio legítimo de derechos fundamentales, así como evitar que dicha tipificación, por la vaguedad y amplitud de la redacción o por la desproporción de las sanciones, pueda generar el efecto desalieno que han proscrito el TC y el TEDH.

2. La reforma del Código penal y de la Ley de Seguridad ciudadana de 2015 y las ordenanzas municipales de los últimos años han ampliado las infracciones penales y administrativas que afectan a los usos del espacio público. De esta manera se reprimen una serie de conductas que antaño fueron consideradas legítimas, algunas incluso propias del ejercicio de derechos fundamentales, con una capacidad expansionista nunca antes vista en la etapa democrática, sorteando las garantías que hemos consensuado desde la configuración del Estado democrático y de Derecho.

Precisamente en momentos de mayor conflictividad social, como consecuencia de los recortes de los derechos sociales, se han promulgado una serie de normas sancionadoras, penales y administrativas que desincentivan que los ciudadanos ejerzan libertades públicas y parecen no dejar una sola conducta de protesta social sin castigo, al tiempo que desconocen principios básicos del Estado de Derecho como los de legalidad (taxatividad),

interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia y derechos de defensa.

El concepto de orden público se convierte así en una noción apta para justificar un poder punitivo expansivo, incierto, con amplia discrecionalidad de las autoridades, consagrando la máxima de esta era neoliberal: un sistema liberal en lo económico, pero altamente intervencionista en lo social. El legislador trasmuta el concepto de orden público a paz pública, privilegiando la autoridad, en un continuo de comportamientos prohibidos, en los que quedan pocos resquicios de libertad. Se trata, por tanto, de una noción de orden público y seguridad ciudadana muy cercana al reconocimiento de la ciudad como un espacio no público, sino de unos pocos. Ello, además, denota un interés político eliminar a los actores sociales y, por el contrario, construir ciudadanos sumisos (muchas infracciones son meras desobediencias) y legitimar la exclusión de sectores problemáticos del espacio público bajo un entendimiento autoritario de la noción de ciudadanía. En consecuencia, estas normas deben ser reformadas cuanto antes.

Una propuesta político criminal alternativa en materia de uso del espacio público debería basarse en la maximización del ejercicio de derechos individuales y en el respeto a los principios fundamentales del *ius puniendi*.

3. Las reformas del Código penal y de la Ley de Seguridad ciudadana facilitan la detención, identificación, enjuiciamiento, condena y ejecutividad de supuestos muy cercanos -cuando no subsumibles- al ejercicio legítimo de derechos políticos y, con ello, pretenden silenciar y amedrentar a la sociedad civil movilizada. En esta lógica de represión aparecen una serie de nuevas infracciones con las que se podrían sancionar supuestos de ejercicio legítimo del derecho a la manifestación y reunión.

También se mueve en esta lógica la tipificación como delito o como infracción administrativa de nuevos comportamientos que, sin afectar directamente al contenido esencial de estos derechos, suponen casos limítrofes al ejercicio legítimo de estos derechos. Según la "teoría del efecto desaliento" podrían verse lesionadas

estas libertades cuando se sancionen conductas que se relacionen con su ejercicio de forma ambigua y con una sanción desproporcionada.

La teoría del efecto desaliento (*chilling effect*) hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definida.

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

4. Un elemento esencial para garantizar la presencia de espacios de ejercicio de derechos y disfrute de libertades es el funcionamiento regular de las instituciones y sujetos institucionales que tienen como misión primordial su preservación y mantenimiento. En consecuencia, sobre la base de tal fuente de legitimidad, se considera necesaria la protección penal del principio de autoridad que deben ejercer en una primera línea las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Ha de destacarse que el mayor reproche de las conductas que afectan a los miembros de los cuerpos policiales encuentra justificación razonable en la mayor lesión que suponen determinadas acciones dirigidas contra quienes forman parte de esos cuerpos, siempre que actúan en el ejercicio de las funciones de protección de derechos y libertades. Pero no se pueden obviar los riesgos de pervertir e hipertrofiar el principio de autoridad, pues si bien dicho principio es constitucionalmente aceptable cuando su legitimidad descansa en su carácter instrumental para la defensa de los derechos y libertades, deja de serlo cuando pasa a ser una instancia autorreferencial de legitimidad, por encima incluso de

los propios derechos y libertades. En otras palabras, la protección de ese principio puede ser, y lo ha sido, la excusa o cobertura para criminalizar la disidencia política y fortalecer prácticas y regímenes no democráticos.

El mejor punto de partida para una nueva política criminal protectora del orden público lo constituyen unas políticas públicas que promuevan una organización social igualitaria y el establecimiento de unos cuerpos policiales que acomoden su actuación a la propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial que el Grupo de Estudios de Política Criminal ya divulgó en el año 2008.

Normativamente, los delitos de atentado, resistencia y desobediencia han tenido por objeto la tipificación de los ataques dirigidos contra las personas que ejercen las funciones públicas de mantenimiento del orden con ocasión del ejercicio de tales funciones. Sin embargo, el concreto redactado de las conductas típicas, así como la gradual extensión del círculo de sujetos pasivos provoca, por un lado, dificultades interpretativas que pueden derivar en trato desigual y en excesos criminalizadores y, por otro lado, dan una respuesta sancionadora grave a conductas que nada tienen que ver con la instrumentalidad en que descansa la legitimidad del principio de autoridad. Un objetivo político criminal prioritario debe ser, en consecuencia, depurar el ámbito de protección penal identificando las conductas que la merecen y los sujetos pasivos que deben ser protegidos.

5. Por otra parte, y como ya propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal, el trabajo sexual remunerado de mayores de edad debería considerarse una actividad lícita, cuyo ejercicio libre y voluntario no pudiera ser reprimido. Debe normalizarse y regularse para garantizar los derechos y las obligaciones de quienes ejercen dicha actividad y de los clientes, garantizando también el uso del espacio público de manera libre y respetuosa con los derechos de todas las personas. El ejercicio de la prostitución no constituye una amenaza ni lesiona el orden público en el sentido que defendemos. El espacio público es común y por tanto debe garantizarse su libre utilización. Con el fin de asegurar los dere-

chos de todas las personas, creemos conveniente crear espacios públicos donde se pueda ejercer libremente la prostitución, en buenas condiciones de higiene y seguridad.

Por ello, creemos necesario derogar las normas que conculcan la libre prestación de servicios sexuales entre adultos, criminalizando y sancionando a ofertantes y demandantes de estos servicios, estigmatizando y empeorando las condiciones de vida y trabajo de los primeros.

6. Finalmente, para abordar el *top-manta*, desde la perspectiva del orden público, no podemos limitarnos a la solución policial. Este abordaje basado en la persecución y sanción ha demostrado ser ineficaz, inadecuado y generador de conflictos. Esta problemática debe ser afrontada desde una perspectiva transversal y multidisciplinar, implementando políticas que den solución no solo a las consecuencias, sino también a las causas de este fenómeno».

Bilbao, 15 de abril de 2016

FIRMANTES

ABEL SOUTO, MIGUEL: Catedrático acreditado de Derecho penal de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz

ALONSO RIMO, ALBERTO: Profesor titular de Derecho penal, Universidad de Valencia

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

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL: Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología, Universidade da Coruña

BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO: Catedrático Derecho Penal, Universidad de Jaén

BENITO SÁNCHEZ, DEMELSA: Profesora de Derecho penal, Universidad de Deusto

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL: Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Granada

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: Catedrático de Derecho Penal, Universitat de València

CARDENAL MONTRAVETA, SERGI: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Barcelona

CARUSO FONTÁN, VIVIANA: Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide

CARRASCO, MAR: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante

CEREZO, ANABEL: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Málaga

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: Catedrática de Derecho Penal, Universitat de Barcelona

CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén

CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ: Profesora Titular y Coordinadora del Máster en Sistema Penal y Criminalidad, Universidad de Cádiz

- CUENCA GARCÍA, M^a JOSÉ:** Profesora Agregada de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA:** Catedrática de Derecho Penal, Universidad Jaume I de Castellón
- DEL CARPIO DELGADO, JUANA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco
- DE VICENTE MARTINEZ. ROSARIO:** Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS:** Catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO:** Profesor Titular de Derecho Penal (acred. al cuerpo de Catedráticos), Universidad Carlos III de Madrid
- DOVAL PAIS, ANTONIO:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alicante
- FARALDO CABANA, PATRICIA:** Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO:** Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, Universitat Jaume I
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO:** Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Oviedo
- FUENTES OSORIO, JUAN LUIS:** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla – La Mancha
- GIMÉNEZ ORTIZ DE ZÁRATE, URKO:** Magistrado Juzgado Instrucción n^o 7 de Bilbao
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR:** Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Penal, Universitat de Barcelona

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia

GONZÁLEZ VEGA, IGNACIO UBALDO: Magistrado. Juzgado de lo Penal 20 Madrid

GUISASOLA LERMA, CRISTINA: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Jaume I

HAVA, ESTHER: Catedrática de Derecho Penal, Vicedecana de Alumnos y Movilidad, Universidad de Cádiz

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: Catedrático de Derecho Penal (jubilado)

HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS: Profesor agregado de Derecho penal. Universidad de Barcelona

JAREÑO LEAL, ÁNGELES: Catedrática de Derecho penal, Universitat de València

JUANATEY DORADO, CARMEN: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante

LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN: Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide

MIRÓ LLINARES, FERNANDO: Catedrático de Derecho penal. Universidad Miguel Hernández de Elche

MORILLAS CUEVA, LORENZO: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Granada

MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO: Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS: magistrado Audiencia Provincial de Ávila

NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL: Catedrático de Derecho penal y Secretario de la Facultad de Derecho en el Campus El Carmen de Huelva

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: Catedrático de Derecho Penal en la universidad de Oviedo

PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca

- PÉREZ MACHÍO, ANA:** Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco
- PESTANA PÉREZ, MARIO:** Magistrado Audiencia Provincial de Madrid
- POMARES CINTAS, ESTHER:** Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Universidad de Jaén
- PUENTE ABA, LUZ MARÍA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidade da Coruña
- QUERALT, JOAN J:** Catedràtic de Dret Penal Director del Departament de Dret penal i Criminologia i Dret Internacional públic i Relacions internacionals, Universitat de Barcelona
- RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS:** Magistrado Audiencia Provincial de Barcelona
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO:** Catedrático de Derecho Penal, Universitat de les Illes Balears
- RAMOS TAPIA, M. INMACULADA:** Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Granada
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO:** Profesor contratado doctor de Derecho penal, Universidad de da Coruña
- RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Cádiz
- RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona
- ROIG TORRES, MARGARITA:** Profesora titular de Derecho penal en la Universitat de València
- RUEDA SORIANO, YOLANDA:** Magistrada. Audiencia Provincial de Barcelona, sección 21
- RUIZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN:** Catedrático de Derecho penal Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Cádiz, Universidad de Cádiz
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN:** Magistrado Sala de lo Penal Audiencia Nacional
- SALINERO ALONSO, CARMEN:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SANDOVAL, JUAN CARLOS: Profesor Contratado doctor de Derecho penal, Universidad de Alicante

SANZ MULAS, NIEVES: Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Salamanca

TERRADILLOS BASOCO, JUAN M^{ca}: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Cádiz

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULA: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Vigo

VARELA CASTEJÓN, XERMÁN: Magistrado Juzgado de Instrucción n^o 2 de Pontevedra

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: Profesora Titular de Derecho Penal (Catedrática acreditada), Universidad de Salamanca

PROPUESTA ALTERNATIVA

A LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

La propuesta de regulación de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia se estructura restringiendo su alcance a las conductas estrictamente relacionadas con el orden público, entendido como el ejercicio de funciones públicas directamente dirigidas a evitar el ejercicio de la violencia por terceros y que suponen el ejercicio de la violencia legítima por el Estado.

Tradicionalmente, se entendió que el bien jurídico protegido era el interés del Estado en el respeto al principio de autoridad, lo que dio lugar a una injustificada sobreprotección de las autoridades, agentes y funcionarios públicos, que se consideraron merecedores de tutela por el solo hecho de tener tal condición. Para evitar ese efecto, la doctrina reconsideró el interés tutelado proponiendo a tal fin el orden público, entendido como aquella situación de convivencia pacífica que posibilita el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos y, consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. De esta manera, se pretendía circunscribir la aplicación de la regulación a los supuestos en que se producía una afectación real al orden material de la vida pública, dejando fuera las hipótesis de afectación meramente formal, por el solo hecho de que la autoridad pudiera entenderse involucrada.

Sin embargo, por esta vía se ha acabado produciendo un significativo y desproporcionado incremento de la reacción penal, al estimarse que a través de la normativa se sancionaba cualquier hecho que atacara el normal funcionamiento de las prestaciones

relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Ello ha dado lugar tanto a una jurisprudencia expansiva, que amplió por vía interpretativa el círculo de sujetos pasivos, como a un legislador que, perdiendo de vista la referencia última, ha secundado la opción jurisprudencial de entender protegidas a determinadas categorías de funcionarios públicos, que ejercen funciones relacionadas con el Estado prestacional, lo que desfigura el bien jurídico. Basta con examinar los distintos delitos que integran el Título XXII del Libro II (sedición, tenencia y tráfico de armas, municiones y explosivos y terrorismo) para dar buena cuenta de esta desfiguración.

Para paliar esta situación, se propone vincular las funciones públicas referidas a aquellas relacionadas con la coacción legítima a la que puede recurrir el Estado, reubicando aquéllas conductas merecedoras de reproche penal que afecten a autoridades, agentes y funcionarios públicos que ejerzan otras funciones en otros tipos penales en los Títulos XIX (Delitos contra la Administración pública, actividad administrativa del Estado), XX (Delitos contra la Administración de Justicia, actividad jurisdiccional del Estado) y XXI (Delitos contra la Constitución, actividad política y legislativa del Estado).

Además, se propone ordenar las conductas distinguiendo tres grupos en atención a la intensidad o gravedad en la lesión del bien jurídico: las que suponen una conducta activa que recae directamente sobre el sujeto pasivo de la acción afectando, en mayor o menor medida, a su esfera personal (atentado), las que implican una conducta que no pretende lesionar directamente al sujeto pasivo sino obstaculizar el ejercicio de sus funciones (resistencia) y, por último, las que suponen un no actuar o pasividad por parte del sujeto activo ante un requerimiento (desobediencia).

En el entendido de que lo que debe determinar la gravedad de la pena debe ser la mayor o menor afección al bien jurídico, en el caso del atentado y la resistencia se propone que la pena se gradúe atendiendo a si se produce un efectivo impedimento (o grave obstaculización) a la acción de los sujetos pasivos. En esta

línea, en el caso del atentado se abandona la cualificación por la mera referencia a la categoría del sujeto pasivo, dado que esa previsión parece vincular la diferencia de trato sólo con una pretendida dignidad inherente al propio cargo. Además, se suprime del círculo de sujetos pasivos al personal de seguridad privada, pues las políticas de privatización de servicios públicos no deben hacernos perder de vista que el ejercicio de la coacción legítima corresponde en exclusiva al Estado, y que, si bien cabe justificar extender la protección penal a quien acude, puntualmente, en auxilio de la autoridad, resulta carente de justificación extenderla cuando la decisión política consiste en validar fuerzas paraestatales de modo más o menos permanente.

TEXTO ARTICULADO

ARTÍCULO 550

TEXTO ACTUAL

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

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comuni-

dades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses."

PROPUESTA

"

1. Será castigado como reo de atentado quien acometa a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o emplee fuerza contra ellos o los intimide gravemente, cuando se hallen ejercitando las funciones de sus cargos relacionadas con el mantenimiento del orden público o con ocasión de ellas.

2. Los atentados comprendidos en el número anterior serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años.

3. La pena se impondrá en su mitad superior si con la actuación se ha dificultado gravemente o impedido el ejercicio de las funciones respectivas.

4. Podrá imponerse la pena superior en grado cuando la ejecución del hecho se verifique con armas u otros instrumentos peligrosos.

5. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán a quien acometa, emplee fuerza o intimide gravemente a los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que, habiendo sido requeridos para ello por la autoridad o sus agentes, estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.

6. Se impondrá la pena inferior en grado cuando los hechos se cometan contra las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

7. Podrá imponerse la pena inferior en grado en atención a la escasa entidad del hecho

"

JUSTIFICACIÓN

Como se expresa en la introducción a este bloque, la propuesta pretende delimitar nítidamente la tipología delictiva reflejando las tres conductas que de mayor a menor gravedad deben conformar el Capítulo.

PRIMER APARTADO.

La primera de las conductas es la de atentado, que abarca todos los supuestos en que el sujeto pasivo padece una agresión que afecta, en mayor o menor grado, a su integridad física o libertad. Se aboga por recuperar la terminología clásica (acometimiento, empleo de fuerza e intimidación grave), reservando la resistencia para el artículo 551 en razón de su diferente tipología, lo que justifica el tratamiento autónomo. Decidimos mantener los verbos típicos ya acuñados por la tradición en la medida en que habían generado un razonable consenso jurisprudencial y doctrinal sobre los hechos subsumibles en la norma. Por otra parte, se defiende que la intimidación grave no debe, a diferencia de la redacción introducida por la LO 1/2015, vincularse a un supuesto de resistencia pues tal tipo de conductas pueden poner en riesgo de modo relevante el bien jurídico protegido sin tener relación alguna con un concreto acto de resistencia.

Para restringir el alcance típico, introducimos la fórmula de que las autoridades, los agentes de la autoridad y los funcionarios afectados deben actuar en el ejercicio de funciones *"relacionadas con el orden público"*, si bien, al mismo tiempo, también se introduce, como ha sido constante en las diversas redacciones, los supuestos en los que se actúe contra estas personas por razón de esas funciones. Por ese mismo motivo se propone la supresión de la referencia a *"funcionarios docentes o sanitarios"*, sin perjuicio de la inclusión de su previsión expresa en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública.

SEGUNDO APARTADO.

Tradicionalmente, la pena asociada al atentado se ha hecho depender de la categoría a la que pertenece el sujeto pasivo. Así, se sanciona más gravemente el ataque a la autoridad que a sus agentes; y, dentro de las autoridades, se gradúa la pena en función de la posición jerárquica que los distintos sujetos ocupen. Entendemos que tal criterio de diferenciación no se compeadece con la efectiva lesión del bien jurídico, pues esta no es necesariamente mayor por la mayor jerarquía de la persona afectada. Sin embargo, estadísticamente es más frecuente en los casos menos sancionados en los que, además, genera mayor violencia inmediata.

TERCER APARTADO.

En consonancia con la filosofía de la propuesta, introducimos un tipo agravado en los casos en los que el acto efectivamente impida el ejercicio de funciones o, al menos, las dificulte gravemente.

CUARTO APARTADO.

En lo referido a los tipos agravados (actual artículo 551) se entiende justificado mantener el referido al uso de armas u otros instrumentos peligrosos, pues su uso supone un mayor peligro de lesión del bien jurídico que tutela este Capítulo y, además, de otros concurrentes.

Sin embargo, se propone la supresión de los otros supuestos de agravación actualmente previstos por entender que los mismos no encuentran la misma justificación en cuanto a su necesidad. El referido a los actos potencialmente peligrosos, por la vaguedad inherente al uso de la fórmula típica, y por estar normalmente ya contemplados en el supuesto de uso de instrumentos peligrosos. Los otros dos, por carecer de toda justificación para una mención autónoma.

QUINTO APARTADO.

Dado que en estos supuestos el sujeto pasivo de la acción sufre una agresión, se mantiene la sanción respecto del particular que acude en auxilio del mismo, en tanto se entiende que al hacerlo está contribuyendo puntualmente al ejercicio de las funciones públicas que este precepto debe proteger.

SEXTO APARTADO.

La casuística de este tipo de supuestos es enorme, y los matices de valoración de cada caso pueden tener una especial relevancia que aconseja, como sucede en otros artículos del Código Penal (vgr. 385 ter, 368 párrafo segundo), habilitar la posibilidad de que en determinadas circunstancias se imponga una pena menor. Con esta fórmula se evita el extendido recurso jurisprudencial, para evitar excesos penológicos, consistente en subsumir la conducta en la resistencia, forzando la literalidad del tipo con el argumento de que determinados comportamientos activos no necesariamente integraban el atentado.

SÉPTIMO APARTADO.

El mantenimiento expreso de esta previsión tiene justificación en el efectivo compromiso del orden material de la convivencia inherente a estas conductas. En los casos contemplados (siniestros o emergencias) una actuación contra los equipos de auxilio, aun cuando sus funciones no se encuentren directamente ligadas al concepto restrictivo de orden público que postulamos, pueden provocar importantes alteraciones que legitiman la reacción penal.

ARTÍCULO 551

TEXTO ACTUAL

“Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que el atentado se cometa:

1.º Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.

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

3.º Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.

4.º Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario.”

PROPUESTA

“

Quien oponga resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones relacionadas con el orden público será castigado como reo de resistencia.

La resistencia activa grave será sancionada con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

La resistencia activa no grave y la resistencia pasiva serán sancionadas con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses.

En cada caso la pena se impondrá en su mitad superior si con la actuación se ha impedido o dificultado gravemente el ejercicio de sus funciones por las personas afectadas.

JUSTIFICACIÓN

A) DE LA SUPRESIÓN DEL TEXTO ACTUAL.

Se propone por una razón sistemática, cual es la inclusión de toda la regulación del atentado en un solo precepto, el artículo 550, a lo que se suma que los supuestos agravados determinantes de la imposición de la pena superior en grado quedan reducidos al de uso de armas u otros instrumentos peligrosos.

B) DE LA REGULACIÓN DE LA RESISTENCIA.

El segundo conjunto de conductas sancionadas son las referidas a la resistencia, que tradicionalmente se encontraban tratadas entre la regulación del atentado (art. 550 actual) y la de la resistencia del art. 556. Esa división provocaba importantes dudas interpretativas y sancionaba con la misma gravedad a la persona que agredía al sujeto pasivo de la acción y a quien, sin provocarle mal, tenía una conducta obstaculizadora. Por ello entendemos que se debe diferenciar el trato de las resistencias respecto del de los atentados.

PRIMER APARTADO.

En esta primera definición general se propone unificar todo tipo de resistencia a la tríada de sujetos pasivos posibles para diferenciar inmediatamente la penalidad dependiendo del tipo de acción y de las consecuencias para el bien jurídico.

SEGUNDO Y TERCER APARTADOS.

También aquí se recupera la dicción clásica que separaba la resistencia activa grave de las otras (activas no graves y pasivas)

CUARTO APARTADO.

Al igual que en el caso de atentado, se propone sancionar más gravemente los supuestos en los que el actuar haya impedido (o dificultado gravemente) la actuación pública.

ARTÍCULO 552

TEXTO ACTUAL

"sin contenido"

PROPUESTA

"

1. El que desobedezca a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones relacionadas con el orden público será castigado como reo de desobediencia.

2. La desobediencia grave será sancionada con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de dos a seis meses.

3. La desobediencia leve, así como la falta de respeto y consideración a la autoridad y sus agentes en el ejercicio de sus funciones, siempre que esta última afecte gravemente al orden público, será sancionada con pena de multa de uno a tres meses.

JUSTIFICACIÓN

Este precepto vendría a ser el correlato del actual artículo 556 y recoge las conductas en las que el comportamiento es sólo pasivo. Esto es, cuando se limitan a no atender el requerimiento. La entidad de la desatención al requerimiento permite distinguir entre el delito menos grave y el leve. En este sentido, en cuanto al delito leve, se recupera la mención de los agentes de la autoridad como sujetos pasivos de la desobediencia. Tal recuperación se debe a que la sanción administrativa supone, en un tema delicado por la coincidencia de la autoridad sancionadora y la afectada, una merma de garantías cuando, además, la mayor parte de los casos afectan a agentes de la autoridad. Por otro lado, en sentido restrictivo, sí se exige expresamente que esa actuación afecte al orden público, excluyendo otro tipo de supuestos que no merezcan tal consideración.

ARTÍCULO 553

TEXTO ACTUAL

“La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.”

PROPUESTA

“supresión”

JUSTIFICACIÓN

La escasa (o nula) presencia real de este tipo de conductas evidencian lo improbable de su comisión. En todo caso, se entiende que esta sanción representa un adelantamiento de la barrera punitiva que no se encuentra justificada para estos hechos, debiendo restringirse la sanción de los actos preparatorios a supuestos excepcionales entre los que no se encuentran estos supuestos. Por ello se propone su supresión.

ARTÍCULO 554

TEXTO ACTUAL

“1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.

2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

PROPUESTA

“supresión”

JUSTIFICACIÓN

PRIMER APARTADO.

Se propone la supresión de la referencia expresa a las Fuerzas Armadas por innecesaria, pues las mismas, de ser el caso, pueden ser comprendidas en el ámbito del sujeto pasivo habitual del delito.

SEGUNDO APARTADO.

Incluido en el artículo 550 de la propuesta.

TERCER APARTADO, A).

Incluido en el artículo 550 de la propuesta.

TERCER APARTADO, B).

El bien jurídico protegido está relacionado directamente con la función pública, sin que sea aceptable equiparar las funciones y actuaciones de quienes están llamados a actuar en defensa de toda la sociedad con las de quienes son pagados por intereses

privados. La deriva privatizadora que subyace a esta equiparación la estimamos incompatible con la naturaleza y funciones del derecho penal democrático.

ARTÍCULO 555

Sin contenido

ARTÍCULO 556

TEXTO ACTUAL

“1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.”

PROPUESTA

“supresión”

JUSTIFICACIÓN

Incluido en la propuesta de artículo 551 y 552.

ARTÍCULO 138.

TEXTO ACTUAL

"1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:

a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o

b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550".

PROPUESTA

"supresión del apartado 2.b)"

JUSTIFICACIÓN

De acuerdo con la EM de la LO 1/2015, la introducción del apartado obedece a la necesidad de reforzar el principio de autoridad del círculo de sujetos comprendidos en el artículo 550 CP. La agravación carece de justificación político criminal, pues en los casos en que se aprecie un mayor contenido de injusto en la acción la exasperación se produce por la vía de apreciar el concurso ideal entre el delito de atentado y el delito contra la vida.

PROPUESTA ALTERNATIVA

A LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS

La propuesta de regulación de los delitos de desórdenes públicos tiene por objeto restringir su aplicación a aquéllas conductas que suponen un daño real y efectivo para el orden público. La reforma operada por LO 1/2015 responde a una concepción de aquél incompatible con la defendida en el manifiesto, pues su finalidad, al limitar el y/o disuadir del ejercicio de los derechos de manifestación y reunión es reprimir la protesta social. Entendemos que el respeto al contenido de los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable para la libertad de configuración del legislador penal, por lo que la propuesta pasa por acomodar la reacción penal para evitar que pueda ser instrumentalizada para desalentar del ejercicio de tales derechos constitucionales.

A tal fin, se redefine la conducta contemplada en el artículo 557 suprimiendo la referencia a quien actúa individualmente pero amparándose en el grupo, por su vaguedad, recuperando la mención a la finalidad de atentar contra "paz pública" e introduciendo la necesidad de que la alteración del orden sea grave, con la finalidad de restringir el alcance literal del precepto, y eliminando el castigo de la incitación, por adelantar en exceso la intervención penal, que ha de ajustarse a los parámetros que prevén los artículos 17 y 18 CP.

Además, se da nueva redacción a la confusa relación de circunstancias agravantes del artículo 557 bis, y se propone la derogación del delito de ocupación del domicilio de personas jurídicas y del de daños a bienes destinados a servicios públicos, por su falta de ofensividad (artículo 557 ter) y de necesidad (artículo 560).

TEXTO ARTICULADO

I. TIPO BÁSICO

REGULACIÓN ACTUAL:

ARTÍCULO 557:

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

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

2. Con las mismas penas se castigará a quienes 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”.

PROPUESTA

“Quienes actuando en grupo, con el fin de atentar contra la paz pública, alteraren gravemente el orden público, ejecutando actos de violencia o intimidación sobre las personas, o causando daños a las cosas con peligro para la vida o la salud de las personas, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año”.

JUSTIFICACIÓN:

1. Con la redacción propuesta el tipo exige la alteración del “orden público”, entendido como “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”, de forma que se

permita el libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales dentro de los límites que marcan los principios de proporcionalidad y de intervención mínima.

2. El precepto exige que dolosamente se altere esa tranquilidad o paz de forma que se afecten derechos de terceros y esa afectación resulte desproporcionada en la medida en que no haya otros derechos en juego (derechos de reunión y manifestación, en la mayor parte de los supuestos) que justifiquen esa alteración.

Además, se reintroduce el elemento subjetivo "*fin de atentar contra la paz pública*", con el propósito de recortar el ámbito de aplicación de la norma.

3. Se suprime la referencia a la realización de la conducta "individualmente pero amparándose en el grupo" que da entrada al posible castigo de acciones individuales como desórdenes públicos, lo que resulta contrario a la propia esencia de este tipo penal que requiere una actuación en grupo.

4. Se exige que la alteración del orden público sea grave, con el objeto de dejar fuera del tipo conductas de escasa entidad.

La exigencia expresa de la gravedad fue aprobada por 17 votos frente a 13. La minoría cualificada entendió que los actos de quienes colectivamente alteren el orden público, ejecutando actos de violencia o intimidación sobre las personas o causando daños sobre las cosas con peligro para las personas, revisten entidad suficiente para ser considerados delictivos, sin necesidad de exigir una gravedad adicional.

5. Se requiere el empleo de violencia o intimidación sobre las personas. Se incorpora la violencia psicológica, aunque podría considerarse su no inclusión de forma que esta se castigase exclusivamente a través del delito de amenazas; sin embargo, la posibilidad de proferir amenazas ante un grupo numeroso de personas, provocando eventuales avalanchas, quizás aconseje su introducción. Igualmente, se prevé la causación de daños sobre las cosas, pero siempre y cuando esos daños pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Sin ese riesgo para las personas no se justifica la intervención penal a través del delito de

desórdenes públicos y vendría en aplicación, en su caso, el delito de daños.

6. Se elimina la regla concursal específica por innecesaria.

7. Se suprime el núm. 2 del actual precepto porque rompe, de forma innecesaria, con la regla general que marca el inicio de la intervención penal a partir de la realización de actos preparatorios expresamente previstos en los artículos 17 y 18 del Código penal, que solo se castigan respecto de delitos de cierta gravedad y con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito que se prepara (y no con la misma pena como prevé el artículo 557.2). Si no se castigan los actos preparatorios de provocación de desórdenes públicos no se justifica el castigo de conductas que van más allá de lo requerido por el artículo 18.1 del Código penal.

8. Se incluye la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año, como alternativa a la de prisión. En este tipo de delitos en los que el perfil suele ser gente joven, la opción de tener varias posibilidades de pena en función de sus circunstancias personales y no acudir directamente a la prisión puede ser muy eficaz desde la perspectiva de rehabilitación que debe cumplir la pena.

II. TIPOS AGRAVADOS

Regulación actual

ARTÍCULO 557 BIS:

“Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una la pena en la mitad superior de uno a seis años de prisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

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

2.ª Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves.

En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

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

4.^a Cuando se lleven a cabo actos de pillaje.

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

6.^a Cuando se lleven a cabo con ocultación del rostro y así se dificulte la identificación de sus autores.

PROPUESTA

“Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con la misma pena, desde el límite mínimo de su mitad superior hasta la pena superior en grado, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Cuando alguno de los partícipes en el delito exhibiere armas u otros instrumentos peligrosos, o armas de fuego simuladas.

2.^a Cuando el acto de violencia consista en incendio o en lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o utilización de explosivos.

3.^a Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a un gran número de personas de forma que puedan provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos, además, podrá imponerse la pena de privación del derecho de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por tiempo superior hasta 3 años”.

JUSTIFICACIÓN

1. Se suprimen las circunstancias 4^a, 5^a y 6^a. El mayor injusto que la concurrencia de las circunstancias 5^a y 6^a pueda suponer podrá apreciarse a través de la aplicación de las agravantes ge-

néricas segunda y séptima del artículo 22 del Código penal. Y en el supuesto de actos de pillaje, ese mayor injusto podrá apreciarse, en su caso, por medio del concurso de delitos con los correspondientes delitos contra la propiedad y se evitan así los problemas de *bis in idem* que suscita la actual regulación.

2. Se mantienen los tres primeros supuestos de agravación con algunas modificaciones e imponiendo la pena del tipo básico desde el límite mínimo de su mitad superior hasta la pena superior en grado. La actual pena de prisión de uno a seis años resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que la pena de este delito puede imponerse con independencia de la que corresponda a los actos de violencia o intimidación que se hayan realizado, por lo que el plus de injusto que la presencia de estas circunstancias de agravación pueda representar quedaría abarcado por la pena del tipo básico en su mitad superior.

3. Se suprime la referencia al peligro para la vida o la salud de las personas de la circunstancia segunda dado que ese peligro ya se requiere para el tipo básico.

4. La circunstancia tercera se modifica en el sentido de incluir el riesgo de avalanchas o situaciones semejantes de peligro para una multitud de personas, que se recogía en el anterior artículo 557.2 del Código penal.

Una minoría cualificada (14 α 18) votó por exigir, como elemento típico, la provocación de la avalancha.

III. INVASIÓN U OCUPACIÓN DEL DOMICILIO DE PERSONAS JURÍDICAS U OTRO TIPO DE LOCALES O ESTABLECIMIENTOS

REGULACIÓN ACTUAL

ARTÍCULO 557 TER

“1. Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, es-

tablecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código.

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

PROPUESTA

Supresión

JUSTIFICACIÓN

El tipo actualmente vigente castiga la entrada pacífica de carácter temporal, sin violencia o intimidación en un local o establecimiento “aunque se encuentre abierto al público”, lo que permite interpretar que será constitutiva de delito tanto si tiene lugar durante las horas de apertura como si se lleva a cabo en horas en las que el establecimiento esté cerrado al público. Esta conducta de carácter pacífico no supone una alteración relevante del orden público que justifique la intervención penal. La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas ya se protege, en su caso, a través de los artículos 203.1 y 2 del Código penal.

IV. PERTURBACIÓN GRAVE DEL ORDEN EN DETERMINADOS ACTOS O LOCALES

REGULACIÓN ACTUAL

ARTÍCULO 558

“Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, 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 eventos o espectáculos. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta”.

PROPUESTA

“Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, quienes 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 eventos o espectáculos públicos. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena impuesta”

JUSTIFICACIÓN

1. En este precepto, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 557, se sancionan conductas de carácter individual que, como el propio tipo establece, han de suponer una “perturbación grave” del orden en esos lugares.

2. Se suprime la pena de privación de acudir a lugares (por su indeterminación) manteniendo la de acudir a los eventos o espectáculos de la misma naturaleza. Se modifica la extensión de esta pena mediante la introducción de la mención a “por un tiempo de hasta tres años”, a fin de incluir los casos en que se imponga la pena de multa.

3. Se suprime la referencia a los espectáculos “deportivos o culturales” al considerar que se deberían abrir las posibilidades como en el tipo agravado del 557 bis 3) “eventos o espectáculos” ya que su razón de ser es el peligro que supone la mayor congre-

gación de personas, al igual que en la agravación ya referida, no debiendo quedar limitado solamente a los deportivos o culturales al poder existir de otro tipo: fiestas populares o actos cívicos, siendo lo relevante que sea lugar donde se haya reunido una gran cantidad de personas con el mayor peligro potencial que supone.

V. INCITACIÓN PÚBLICA A LA COMISIÓN DE DELITOS DE ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO DEL ARTÍCULO 557 BIS DEL CÓDIGO PENAL O REFUERZO DE LA DECISIÓN DE LLEVARLOS A CABO

REGULACIÓN ACTUAL

ARTÍCULO 559

“La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

PROPUESTA

ARTÍCULO 557 TER

“La provocación para la comisión de algunos de los delitos de los artículos 557 y 557 bis será castigada con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

JUSTIFICACIÓN

1. La vigente regulación presenta algunas incoherencias punitivas y claros excesos en la intervención penal. Así, por un lado, el tipo castiga la incitación a los desórdenes públicos agravados del

artículo 557 bis y, sin embargo, las penas previstas son menos graves que las establecidas para los casos de incitación a los desórdenes públicos que se regula en el artículo 557.2, esto es, cuando no concurren los supuestos de agravación. Por otro lado, el precepto permite sancionar, entre otras, conductas de incitación que refuerzan la decisión de llevar a cabo actos de refuerzo de la disposición de realizar desórdenes del artículo 557.1 del Código penal. Con la presente propuesta, la supresión del artículo 557.2 elimina dichas incongruencias y excesos, pero aun así no parece necesario el mantenimiento de esta conducta típica tal cual aparece redactada.

2. Si la incitación es seguida de la ejecución de los desórdenes públicos, el hecho será constitutivo de inducción a los desórdenes públicos. Si la incitación no es seguida de la ejecución del delito, o la conducta no debe ser objeto de sanción penal o, si se considera necesario, debería castigarse como una forma de provocación, a través de los actos preparatorios punibles. Por ello, se opta por modificar la redacción sancionando de modo expreso la provocación. Una minoría cualificada (10 frente a 14) propuso la íntegra supresión del precepto, que pasa a ser el 557 ter.

VI. DAÑOS A BIENES DESTINADOS A SERVICIOS PÚBLICOS

REGULACIÓN ACTUAL

ARTÍCULO 560

1. Los que causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años.

2. *En la misma pena incurrirán los que causen daños en vías férreas u originen un grave daño para la circulación ferroviaria de alguna de las formas previstas en el artículo 382.*

3. *Igual pena se impondrá a los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro o servicio.*

PROPUESTA

Supresión

JUSTIFICACIÓN

Se propone la supresión del precepto debido a los problemas concursales que suscita de manera innecesaria. De hecho, las conductas reguladas en este precepto son susceptibles de ser castigadas, en su caso, a través de lo previsto en el artículo 557 en concurso con los correspondientes delitos que tutelan el patrimonio, agravados por el destino de las cosas a un servicio público.

VII. AFIRMACIÓN FALSA O SIMULACIÓN DE SITUACIÓN DE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD

REGULACIÓN ACTUAL

ARTÍCULO 561

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

PROPUESTA

Supresión

FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

El precepto no exige que se produzca la alteración del orden público, sino que es suficiente con que la falsa afirmación o la simulación den lugar a la movilización de determinados servicios de forma innecesaria.

Aunque la conducta regulada en este precepto puede representar una alteración del normal funcionamiento de los servicios públicos, ello no justifica la intervención del Derecho penal. Tales conductas ya se encuentran sancionadas en el artículo 36.5 de la Ley de Seguridad Ciudadana como infracción grave que exige, además, que la conducta provoque un riesgo (o lo incremente) para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agrave las consecuencias del suceso que motive la actuación de esos servicios públicos. Es decir, la propia normativa ya administrativa castigaría conductas de mayor gravedad.

PROPUESTA ALTERNATIVA

DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DEL USO DEL ESPACIO Y EL ORDEN PÚBLICO.

I. EJERCICIO DE DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN EL ESPACIO PÚBLICO.

En un concepto democrático de orden público el respeto a las libertades de expresión, manifestación y reunión deberían merecer una protección preferente. La idea de protección preferente de estos derechos implica para el TEDH que muchas de las acciones que se producen en el espacio público –reparto de panfletos, utilización de megafonía, interrupción de la circulación, instalación de paradas, etc.- debían respetarse, tolerarse como una manifestación de participación democrática, pese a las molestias generadas a terceros [STEDH de 12 de junio de 2003, caso Eugen Schmidberger c. Austria]. El mismo TC español ha considerado que puede suponer la limitación temporal de derechos de terceros, como la libertad de circulación o como el derecho a una vida privada y familiar sin ruidos u otro tipo de perturbaciones. En esta línea, la STC 59/1990, de 29 de marzo destaca que no es suficiente con la alteración del orden público, evidenciada en la perturbación del ejercicio de otros derechos, sino que, además, es necesaria *“la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes”*, que se concreta en que *“de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia física o, al menos, moral con alcance intimidatorio para terceros”*. Y, en cambio, las reformas de 2015 tienden a alterar la preferencia tipificando conductas muy lejanas a la lesión o puesta en peligro de derechos individuales. Una nueva política sancionadora sobre el uso del espacio y el orden público debería considerar a las referidas libertades como

preferentes dentro de ese orden y evitar cualquier restricción de las mismas que no sea necesaria para prevenir lesiones o puestas en peligros de bienes jurídicos.

I.1. Propuestas de reforma de la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 36.4: *“Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito”.*

PROPUESTA:

Supresión.

JUSTIFICACIÓN:

La tipicidad de la conducta se construye sobre la acción de *“pretender impedir”* lo cual la convierte en una infracción de intención sin exigir la idoneidad de la conducta para ser objetivamente peligrosa para el bien jurídico. Pero, además, las conductas idóneas para impedir a empleados públicos el ejercicio de sus funciones ya aparecen suficientemente sancionadas en el Código penal a través, entre otros, de los delitos de resistencia.

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 37.7: *“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”.*

PROPUESTA:

Supresión.

JUSTIFICACIÓN:

Las conductas de ocupación de bienes inmuebles ya aparecen sancionadas en el Código penal en los mismos términos que el artículo 37.7. La expresión de cierre en el que se delimita el ilícito atendiendo a que los hechos *"no sean constitutivos de delito"* manifiesta, como el anterior caso, que la auténtica voluntad del legislador es atribuir competencia al Ministerio del interior para sancionar conductas que los tribunales penales han ido absolviendo por considerar, precisamente, que eran conductas inidóneas para lesionar ningún bien jurídico y donde el derecho a la manifestación debía ser preferente. La conducta puede servir para sancionar actos de protesta que los tribunales penales han ido absolviendo por considerar, precisamente, que eran conductas inidóneas para lesionar ningún bien jurídico por ser transitorias y donde el derecho a la manifestación debía ser preferente.

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 36.23: *"El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información"*.

PROPUESTA:

Art. 36.23: *"La difusión no autorizada de imágenes o datos personales que permitan la identificación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pongan en peligro la seguridad personal o*

familiar de los agentes o de las instalaciones protegidas, con respeto al derecho fundamental a la información”.

JUSTIFICACIÓN:

1. En este caso, el legislador establece un límite a la libertad activa y pasiva de información, comprometiendo los artículos 20 y 21 de la CE. Cabe recordar que el TC en supuestos de publicación de imágenes de policías para denunciar abusos ha considerado que el derecho a la imagen del policía debía ceder ante el derecho del periodista a difundir libremente la información veraz si era captada en un lugar público, en el ejercicio de su cargo y, por lo que aquí interesa, sólo si existían “razones de seguridad” que justificaran ocultar el rostro del funcionario policial (STC 72/2007, de 16 de abril). Por esta razón parece más adecuado sustituir la técnica de peligro hipotético por la de peligro concreto. Además, las reservas constitucionales resultan vulneradas en la medida en que no se reserva al ámbito judicial la adopción de la incautación y secuestro del material informativo, sino que queda en manos de la Administración.

2. Es preciso resaltar las consecuencias que en el contexto del ejercicio del derecho de manifestación y reunión se desprenden de incluir en la descripción de la conducta prohibida una referencia expresa al “uso no autorizado de imágenes”. Pues, junto a la confusión que provoca la enumeración de conductas con una relación solo aparente entre sí, la grabación de vídeos y la toma de fotografías ha demostrado ser un instrumento de prueba y defensa esencial en manifestaciones en que se han producido altercados entre participantes y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La indefensión resulta aún más evidente en la medida en que los agentes sí podrán proceder a la grabación de personas, lugares u objetos mediante cámaras de videovigilancia fijas o móviles legalmente autorizadas, de acuerdo con la legislación vigente en la materia, sin prever ningún tipo de condición ni justificación para hacerlo. Por ello parece razonable limitar la sanción a supuestos

de "difusión" de sólo datos o imágenes que "permitan la identificación" y, por supuesto, que "pongan" en concreto peligro la seguridad de los agentes, sus familias o instalaciones.

3. La tipificación de algunas de las infracciones previstas en la Ley de Seguridad Ciudadana generan un efecto de desaliento del ejercicio de derechos, contrario a la jurisprudencia constitucional. El efecto desaliento (*chilling effect*) hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud o por la vaguedad con que aparece definido. Según el Tribunal Supremo norteamericano estas circunstancias incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio que precisa el ejercicio del derecho y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva. Carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella. En ese sentido el desaliento es un problema fundamentalmente de legalidad y desde esta perspectiva sería la falta de taxatividad de los tipos la que provocaría el desaliento.

4. Según la *"teoría del efecto desaliento"* también se lesionan las libertades cuando se sancionan desproporcionadamente conductas ilícitas pero relacionadas con su ejercicio. Esta vertiente es la que ha venido reconociéndose por el propio Tribunal Constitucional español quien reiteradamente ha afirmado que el legislador no puede definir normas penales que *"reaccionen desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constata-*

ción de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha exlimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" [STC 88/2003, de 19 de mayo, entre otras].

5. En definitiva, serían consideradas inconstitucionales las normas administrativas que, sancionando ejercicios ilícitos de derechos puedan desalentar el ejercicio de éstos por: 1) sancionar conductas que sean limítrofes con el legítimo ejercicio de derechos; o 2) sancionar a éstas con desproporción manifiesta, ya que de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos a ejercer un derecho constitucional. Extremadamente graves son los supuestos en los que convergen indeterminación de los tipos, desproporcionalidad de la sanción y efecto desaliento. Y estos son, precisamente, algunos de los supuestos previstos en la reforma de 2015.

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 36.1: *"La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal"*.

PROPUESTA:

Supresión.

JUSTIFICACIÓN:

1. Este precepto es un ejemplo paradigmático de la convergencia de indeterminación y efecto desaliento. En este caso la indeterminación de la conducta es absoluta. Su injusto se construye exclusivamente sobre un resultado tan ambiguo e indeterminado como la *"perturbación de la seguridad ciudadana"* en reuniones a las

que asistan *"numerosas personas"*. El único elemento delimitador es que *"no sean constitutivas de infracción penal"*. Con ello, el legislador está definiendo este artículo como un cajón de sastre al que el poder ejecutivo podrá recurrir para sancionar cualquier manifestación o reunión que no pueda sancionarse en otras infracciones administrativas o no sean constitutivas de infracción penal.

2. La vaguedad de la descripción legal de la conducta en un ámbito tan cercano al lícito ejercicio del derecho a la protesta y con una consecuencia jurídica tan desproporcionada a la gravedad del injusto, agrava el efecto desaliento. En este sentido hay que señalar que ya existe legislación administrativa específica, en concreto el artículo 23 de la Ley 19/2008 que contempla de forma más adecuada la sanción de las conductas más graves merecedoras de sanción administrativa.

3. Las conductas previstas en el artículo 36.1, al calificarse como graves, tienen prevista una multa de 601 a 30.000 euros (art. 39.1). Una consecuencia jurídica que, sin lugar a dudas, es idónea para desalentar la asistencia a reuniones y manifestaciones públicas. Máxime si se tiene en cuenta que la sanción se podrá imponer en su grado medio (de 10.401 a 20.200 €) cuando se acredite la concurrencia de, por ejemplo, reincidencia. En otras palabras, si en alguna ocasión se sancionara a un ciudadano a través del artículo 36.1 correría el riesgo de que en la próxima que participara en una protesta se le sancionara con una multa mínima de 10.401 €. Sin lugar a dudas una cifra suficientemente intimidatoria para cualquier ciudadano medio. Y ello, insistimos, sin que sea necesario siquiera que se ponga en peligro a personas o bienes.

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 36.2: *"La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal"*.

PROPUESTA:

Supresión.

JUSTIFICACIÓN:

1. Es otro ejemplo paradigmático de esta convergencia de indeterminación y efecto desaliento. En este caso la indeterminación de la conducta viene por construirse exclusivamente sobre un resultado tan ambiguo e indeterminado como la *"perturbación de la seguridad ciudadana"* sin que el calificativo de *"grave"* ayude a delimitarlo. El hecho de que las reuniones se celebren *"frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas"* no justifica la sanción. El único elemento delimitador es que *"no sean constitutivas de infracción penal"*. Con ello, el legislador pretende sancionar conductas como la acción de *"Rodea el Congreso"* que hasta el momento habían sido absueltas por los jueces penales.

2. La vaguedad de la descripción legal de la conducta en un ámbito tan cercano al lícito ejercicio del derecho a la protesta y con una consecuencia jurídica tan desproporcionada a la gravedad del injusto, agrava el efecto desaliento.

REGULACIÓN ACTUAL:

Art. 30.3: *"A los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas"*.

PROPUESTA:

Supresión de la frase *"por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos"*.

JUSTIFICACIÓN:

Al extender la responsabilidad a los *"organizadores o promotores"* y definirlos de forma ambigua, la LO 4/2015 deja la puerta abierta a que la policía inicie expedientes sancionadores contra cualquier organización con quien pueda asociarse *"los lemas, banderas u otros signos"* que ostenten los participantes o *"por cualesquiera otros hechos"*, sin otro límite que de ellos *"pueda determinarse razonablemente"* que son directores de aquellas. La arbitrariedad administrativa y las dificultades para acceder al control judicial de la misma es especialmente grave si se considera que las multas tan elevadas para estos supuestos pueden llevar a la liquidación de la organización.

II. EL TRABAJO SEXUAL EN EL ESPACIO PÚBLICO.

1. Más allá del eterno debate en torno al modelo legislativo idóneo en el abordaje del poliédrico fenómeno de la prostitución (prohibicionismo-abolicionismo-reglamentarismo), la actividad existe y su alegalidad en España, lejos de solucionarlo, únicamente contribuye a empeorar la situación de especial vulnerabilidad socio-laboral en que se encuentran los adultos que, libremente, prestan servicios sexuales retribuidos. Como ya puso de manifiesto el GEPC en su *"Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos"* (2007), es imprescindible la regulación del trabajo sexual para combatir la clandestinidad y la marginalidad en tanto factores favorecedores de la explotación y el abuso.

2. Nuestra atención se centra ahora en el trabajo sexual desarrollado en espacios públicos y abiertos de carácter urbano o interurbano (carreteras) a diferencia del proyectado en lugares cerra-

dos tales como pisos o clubes de alterne. Y ello por dos razones. En primer término, porque la calle constituye un lugar especialmente idóneo para establecer el contacto entre el trabajador sexual y el potencial cliente y, consiguientemente, para concertar y cerrar las condiciones del servicio sexual contratado. Y, en segundo término, esencialmente, porque en el espacio público urbano se concitan, en toda su extensión, los distintos conflictos de convivencia entre los ofertantes de estos servicios y los vecinos, comerciantes, clientes, policía y, en última instancia, los Ayuntamientos que, *de facto*, se han ocupado –con mayor o menor acierto– de gestionarlos.

3. Las Corporaciones Locales se han erigido en las canalizadoras de los contrapuestos intereses concurrentes (vecinales, comerciales, urbanísticos...) que indefectiblemente afloraron con ocasión de los procesos modernizadores acometidos en los centros históricos en que, tradicionalmente, se ha concentrado –y sigue concentrándose– la visible prostitución callejera. De hecho, la necesidad de cohesionar tales intereses con los propios de los trabajadores sexuales, así como la simultánea inactividad legislativa estatal –y autonómica– en la regulación socio-laboral del trabajo sexual están, justamente, en el origen de las llamadas “ordenanzas cívicas”. Paradigmática en este sentido resultó la *“Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público”*, aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona el 23 de diciembre de 2005 –y modificada en julio de 2012–. Y ello no solo por ser la primera, sino también porque devino un modelo a seguir para las que, años después, se dictarían en numerosos consistorios.

4. Las llamadas “Ordenanzas de Convivencia” se caracterizan por su transversalidad en el objeto y el predominio de las medidas sancionadoras y de policía administrativa. Si bien en algunos casos, esta vertiente claramente punitiva –siquiera de baja intensidad– se combina con intervenciones de carácter asistencial, formativo o mediador. En su mayoría, se contempla el espacio público como el ámbito central en que los ciudadanos se socializan y, por tanto, deben ser tutelados. En efecto, tienen como finalidad

ordenar los derechos y, fundamentalmente, los deberes de comportamiento de los vecinos para con el resto de la comunidad y el medio urbano. Entre el amplio y variopinto abanico de conductas reglamentadas - y sancionadas- destacan aquellas destinadas a garantizar la tranquilidad de los vecinos ante usos *impropios* del espacio público o producto de actividades prohibidas entre las cuales se enmarcaría, precisamente, el trabajo sexual.

5. Varios son los factores que han contribuido a la proliferación de estas normas municipales: a) la necesidad de acometer los renovados fenómenos vinculados a la globalización, así como la intensificación y/o mutación de viejos problemas (vandalismo, venta ambulante no autorizada, prostitución callejera.....); b) la presión ejercida por determinados medios de comunicación de corte conservador; c) el llamado “efecto desplazamiento” consistente en el movimiento de grupos y personas en atención al grado de permisibilidad de la normativa municipal en cuestión (así, por ejemplo, de quienes ejercen la mendicidad de forma organizada); y d) una exacerbación de la seguridad pública en tanto palanca recurrente en la prevención y persecución de aquellos comportamientos que atentan contra el sistema de valores de una mayoría.

6. A grandes rasgos, se observan dos tipologías de ordenanzas cívicas en torno al ejercicio del trabajo sexual en el espacio público. Las de corte más generalista –por reglamentar simultáneamente otros comportamientos considerados incívicos- en que se acoge un modelo de prohibicionismo *soft* y se otorga un tratamiento punitivo diferenciado al ofertante y demandante de servicios sexuales retribuidos. En esta línea se situaría la ordenanza cívica de Barcelona en que, a raíz de los cambios operados en 2012, se califica como infracción leve el ofrecimiento, aceptación o la prestación, castigando al trabajador sexual con una multa de 100 a 300 euros -sanción pecuniaria que puede ser sustituida por una medida alternativa (art. 40.1 *in fine*)- hasta un montante máximo de 750 euros de cometerse a menos de 200 metros de un centro escolar o educativo (arts. 39.1 y 40.1). Sin embargo, se califica como grave la solicitud, demanda o negociación de tales

servicios, multando al potencial cliente con 1500 euros de tener lugar en las cercanías de los mencionados centros.

7. Por su parte, en las ordenanzas específicas se dispensa una regulación monográfica al trabajo sexual en el espacio público y se adoptan los postulados abolicionistas. Es decir, se identifica la prostitución con la trata, se considera a la primera como una manifestación de la violencia de género y se otorga a los trabajadores sexuales el estatus de víctimas. Como consecuencia lógica, no se incide sobre la oferta, sino, exclusivamente, sobre la demanda, sancionado únicamente al cliente y a quien favorece el consumo de prostitución con multas que, en los supuestos agravados, pueden ascender a los 3.000 euros. Un ilustrativo ejemplo de esta nueva corriente sería la "*Ordenanza para la lucha contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual*" aprobada por el Ayuntamiento de Sevilla el 29 de abril de 2011 en la que se habría inspirado, parcialmente, la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

8. La promulgación de la LO 4/2015 marcará un antes y un después en la regulación del trabajo sexual en la vía pública. Por un lado, porque constituye la primera norma sectorial de carácter estatal en que se aborda el ejercicio de esta actividad en la calle, disputando así la *hegemonía* que, hasta la fecha, tenían las corporaciones locales en la gestión del espacio público en relación a la contraprestación de servicios sexuales. Y por otro lado, porque, en el plano formal, se acogen los postulados abolicionistas, sancionando administrativamente solo a los clientes con la voluntad de incidir sobre la demanda, pero materialmente se abre la puerta al castigo de los ofertantes mediante la desobediencia a la autoridad.

9. Ciertamente, en el art. 36.11 de la LO 4/2015 se califica como infracción grave "*la solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público*" próximas a lugares frecuentados o accesibles a menores tales como "*centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio*" o la realización de estas conductas en lugares que "*puedan generar un riesgo para la seguridad*

vial". Con ello se pretende contrarrestar la demanda de trabajo sexual en la calle, pero también impedir a los menores la visualización de estos actos de transacción y garantizar, presuntamente, la seguridad vial de quienes participan en el tráfico rodado. Esto último, en clara sintonía con la –no menos polémica– Ley Catalana de Carreteras (Decreto Legislativo 2/2009) en que se tipificó como infracción grave la ocupación temporal de las zonas de dominio público para la realización de "*usos y actividades relacionadas con la prestación de servicios de naturaleza sexual*", pudiendo sancionar a prostitutas y clientes con multas de hasta 30.050,61 euros (art. 56.4 letra k).

10. Es cierto que en la nueva LO 4/2015 no se castiga el ofrecimiento de servicios sexuales en el espacio público, pero, *de facto*, se sanciona con idéntica multa a quien incumple el requerimiento de los agentes encaminado a evitar su reiteración. No se persigue directamente al trabajador sexual por ofertar tales servicios en la vía pública, pero sí indirectamente cuando desatiende la orden de abstenerse de ello, pudiendo incurrir en una infracción grave de desobediencia que puede comportarle el pago de una multa de hasta 30.000 euros (art. 36.6). El recurso a la desobediencia transforma en ilícita una actividad que se dice lícita y además deja en manos de la policía cuándo se está reiterando dicho ofrecimiento con el consiguiente riesgo de arbitrariedad.

II.1. Propuesta de reforma de las ordenanzas de convivencia, la LO 4/2015 de Seguridad ciudadana y otras normas de derecho administrativo sancionador

1. Se propone la derogación de aquellos preceptos de las ordenanzas de convivencia generalistas en que, directamente, se sanciona la oferta y la demanda de servicios sexuales retribuidos en el espacio público, así como de las disposiciones contenidas en las ordenanzas específicas en que, únicamente, se multa al cliente de tales servicios. Igualmente se propone la supresión de los arts. 36.11 y 36.6 de la LO 4/2015 en que, respectivamente, se castiga al demandante de forma directa y al ofertante por la vía

indirecta de la desobediencia, así como de todas aquellas normas en que, como sucede con la Ley de Carreteras de Cataluña, se acaba criminalizando el trabajo sexual libre entre adultos bajo el pretexto de una presunta protección de la seguridad vial.

2. Ante la necesidad de conciliar los derechos de todos cuantos usan y disfrutan el medio urbano, se propone alternativamente la creación, intervención y control, desde el ámbito municipal, de espacios públicos destinados al libre ejercicio del trabajo sexual en condiciones óptimas de seguridad y salubridad. Dichos espacios, como ya defendiera el GEPC en la "*Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*" (2007), contarán con las condiciones de accesibilidad, salubridad, iluminación, comodidad y seguridad aptas e idóneas para su desarrollo.

3. En este sentido, se propone acondicionar espacios públicos ubicados a medio camino entre lo urbano y lo interurbano destinados, única y exclusivamente, a garantizar el contacto seguro entre ofertante y demandante de servicios sexuales -no su realización *in situ*- en unas óptimas condiciones de salubridad e higiene. Estos espacios deberán situarse, en todo caso, a una distancia suficiente de los centros escolares de infantil, primaria y secundaria, así como parques y zonas de ocio frecuentados por menores de edad.

4. Con la finalidad de garantizar la seguridad de los trabajadores sexuales y los propios clientes, se propone la implementación de las siguientes medidas: a) la instalación de iluminación pública suficiente como forma de prevención situacional; b) el establecimiento de rondas policiales que, en su caso, podrían complementarse, incluso, con agentes de seguridad privada cofinanciados por quienes ejercen la actividad y la propia Administración; y c) la colocación de cámaras de videovigilancia a modo de elemento disuasorio y herramienta útil en el esclarecimiento de hipotéticos hechos delictivos. Si bien, simultáneamente, deberá garantizarse el anonimato e intimidad de los consumidores de estos servicios, evitando así toda interferencia sobre la demanda.

5. Con el objeto de asegurar un estándar mínimo de salud e higiene a ofertantes y demandantes, se sugiere la adopción, entre

otras, de las siguientes acciones: a) la construcción *in situ* de servicios públicos destinados al aseo del trabajador sexual una vez concluida la prestación concertada; b) la presencia de voluntarios adscritos a la propia Administración o a las organizaciones del tercer sector que informen y asesoren a trabajadores sexuales y clientes sobre una práctica sexual segura; o c) el acceso gratuito y directo a medios que impidan el contagio de enfermedades de transmisión sexual tales como la existencia de máquinas expendedoras de preservativos.

6. En el diseño e implementación de estos espacios es necesaria la implicación de todas las Administraciones (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales), instituciones (Síndics de Greuges, defensores del ciudadano...) y agentes sociales concernidos en su regulación (asociaciones vecinales, gremios de comerciantes, organizaciones *pro* derechos de grupos vulnerables...). Pero también se considera imprescindible la participación activa de los trabajadores sexuales. No sólo porque ellos conocen mejor que nadie su auténtica realidad y necesidades, sino porque los empoderará como colectivo y contribuirá a su visibilización –en positivo– como parte de la sociedad.

7. Todo lo anterior deberá acompañarse y complementarse con la puesta en marcha de campañas informativas destinadas a los trabajadores sexuales y consumidores sobre salud y prevención de enfermedades de contagio sexual. Las autoridades competentes garantizarán el acceso de los primeros al sistema sanitario público y elaborarán programas asistenciales con la finalidad de informar y asesorar oportunamente a los trabajadores sexuales sobre sus derechos y prevenir cualquier forma de prostitución forzada.

JUSTIFICACIÓN:

1. El ejercicio del trabajo sexual no constituye una amenaza ni lesiona el orden público. El espacio público es común y, consiguientemente, debe garantizarse su libre utilización a todos. La

persecución por la vía de la desobediencia de aquellos adultos que, libremente, ofrecen en la calle servicios sexuales remunerados constituye una flagrante e inaceptable limitación de sus derechos que fortalece la imagen social del trabajador sexual como no-ciudadano o, cuanto menos, contribuye a su visualización como ciudadano de segunda. A los poderes públicos les incomoda la visibilidad consustancial al trabajo sexual en la calle, de ahí que con la presunta intención de fomentar la convivencia han pretendido *borrarla* del paisaje urbano.

2. Las soluciones acogidas en las disposiciones cuya derogación se propone no han traído consigo una significativa disminución en la demanda de trabajo sexual ni una reducción en el número de redes que operan en el ámbito de la trata de seres humanos. Pero sí han contribuido –y mucho– a la estigmatización y empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo de los adultos que, libremente, prestan servicios sexuales remunerados. Y ello por dos motivos. En primer lugar, porque el castigo al demandante surte efecto entre los más socializados, pero no así sobre los más peligrosos. Y, en segundo lugar, fundamentalmente, porque la sanción de la actividad provoca un desplazamiento de los trabajadores a lugares más alejados de los núcleos urbanos donde las condiciones de seguridad son inferiores (ausencia de alumbrado público; menor presencia de vecinos, transeúntes y policía) y, consiguientemente, aumentan las posibilidades de victimización.

3. En efecto, su criminalización –siquiera en el plano administrativo– entorpece las negociaciones entabladas en la calle entre el ofertante y demandante del servicio ante el temor de ser objeto de una sanción. Lo cual no solo incrementa la posibilidad de aceptar prestaciones con clientes más peligrosos (debido al acortamiento de la fase de “tanteo”), sino que favorece una mayor competencia entre los ofertantes que resulta triplemente perjudicial para el trabajador sexual al sentirse obligado: a) a ofrecer servicios más baratos; b) a consentir prácticas de mayor riesgo tales como la no utilización de preservativo; y c) a ver ampliada –todavía más– la jornada laboral para compensar los menores ingresos y el pago

de las multas por desobediencia impuestas. Condiciones todas ellas que no hacen más que ahondar en la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra dicho colectivo.

4. Además las prohibiciones contenidas en las ordenanzas cívicas primero y en la LO 4/2015 después han comportado un significativo cambio en el rol que venían desempeñando, especialmente, las Policías Locales. Así se ha constatado en los estudios empíricos elaborados a fin de determinar el impacto de las primeras sobre los trabajadores sexuales. En ellos éstos manifiestan como la policía habría pasado de protegerlos frente a las ofensas verbales y físicas de los potenciales demandantes a perseguir a los clientes, pero también a quien, habiendo sido requerido para abstenerse de su ofrecimiento, persiste en su ejercicio.

5. Por último, si realmente fuera la protección de la seguridad vial el interés tutelado en las Leyes de Carreteras, como la catalana, deberían prohibirse, consecuentemente, todos y cada uno de los carteles publicitarios que pudieran distraer a los conductores tanto en nuestras ciudades como en las carreteras que las circundan. De hecho, los trabajadores sexuales suelen situarse, precisamente, en emplazamientos próximos a la calzada con el fin de facilitar la parada, contacto y cierre de la prestación concertada. De tal forma que contrariamente al sentir de dichas prohibiciones, ni se pondría en peligro la seguridad del cliente ni la del resto de usuarios de la vía. Asistimos, por el contrario, a una *sutil* criminalización de la molesta prostitución callejera cuya visibilidad incomoda y debe ser eliminada a toda costa, en esta ocasión, del paisaje interurbano.

III. EL “TOP MANTA”

1. La sanción del uso del espacio público por el fenómeno conocido como *top manta* se ha construido sobre un relato de falsos prejuicios. En primer lugar, se ha recurrido a la competencia desleal. En el caso de los manteros que ofrecen productos no falsifica-

dos se halla sancionada administrativamente en las Ordenanzas de diversos Ayuntamientos de ciudades -sobre todo turísticas- y en el artículo 37.7 de la LO 4/2015 que en su redacción no distingue entre la autenticidad o no de la marca. La importancia de su comercio resulta casi irrelevante y, teniendo en cuenta el escaso perjuicio que supone la ocupación de un pequeño espacio de la vía pública, la nula afectación a la propiedad intelectual e industrial y la exigua repercusión para las arcas públicas de la falta de abono de las tasas correspondientes, su conducta resulta inidónea para cimentar una política criminal basada en el castigo y no en la integración social. Una política justa y racional sobre el tema, debería tener en cuenta las circunstancias de exclusión social de quienes no pueden obtener sus licencias –por falta de medios económicos o por imposibilidad de hacerlo, dada la ilegalidad de su conducta- y ofrecerles vías de integración social basadas en alternativas de trabajo diferentes.

En el caso de los manteros que ofrecen a la venta productos falsificados, su conducta ya está sancionada tanto en vía civil como penal. Por ello, aunque quisieran hacerlo, no podrían obtener una licencia para vender sus productos, puesto que tal actividad está ampliamente sancionada. Por tanto, sólo si se declarara la legalidad de esa venta ambulante (dentro de los límites que se establecieran) podría exigirse la obtención, previo pago, de la licencia oportuna y acabar así con el reproche de los pequeños comerciantes que pagan sus licencias municipales para hacerlo.

2. También se ha aludido a la protección del consumidor. Y, en realidad la supuesta desprotección del consumidor es una consecuencia de la ilegalización de este tipo de comercio y no del desmedido afán de lucro de los manteros. Quien acude a comprar un bolso que aparenta ser de una marca conocida a un individuo que la ofrece en venta encima de una manta extendida en el suelo y a un precio cincuenta veces menor del que tendría que pagar en una tienda, no espera que además le entreguen una factura y se hagan cargo de la reparación en caso de deterioro. En todos esos

casos no se habrá creado el riesgo objetivo de confusión necesario para criminalizar la conducta. En virtud de los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* la norma penal, debe quedar reservada para los supuestos de mayor gravedad sobre todo teniendo en cuenta que la propiedad industrial e intelectual gozan de protección también en el orden civil, lo que hace necesaria una interpretación restrictiva que reserve para el orden penal únicamente los supuestos de mayor gravedad (vid, SAP Sevilla, 4 de junio de 2012 y SAP de Cádiz de 13 diciembre 2015).

3. También se ha recurrido a su afectación a la Hacienda Pública por dejar de pagar los impuestos correspondientes a su actividad. Resulta una vez más incoherente pretender que una conducta ilícita genere la obligación de pagar los impuestos correspondientes. La declaración del IVA o el pago del impuesto de sociedades supondría una autoinculpación contraria al derecho a no declarar contra sí mismo proclamado en el artículo 24 de la Constitución. Por otro lado, si se pretende que los manteros cometen una infracción contra la Hacienda pública, al menos -por un elemental respeto al principio de proporcionalidad- la aplicación de la norma penal debería guardar los límites fijados por la cuantía de lo defraudado, es decir, que por debajo de una cierta cantidad no debería haber sanción penal y sí únicamente las sanciones administrativas correspondientes, tal como ocurre con los delitos contra la Hacienda Pública.

4. La lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido también en la coartada para la represión de este fenómeno. Aunque resulta obvio que existen personas u organizaciones que suministran a los manteros los productos, no está probado que ejerzan coacción o violencia para obligarles a hacerlo y, desde luego, no es sobre ellos, sino sobre los propios manteros contra quienes se dirigen sistemáticamente las acciones de represión, en la seguridad de que tales prácticas crean un artificial sentido de seguridad en los ciudadanos y votos a los responsables políticos que las apoyan. El contraste entre el slogan de las "mafias" y la realidad de la acción policial contra ellas (también de la policía portuaria) resulta clamoroso.

5. Finalmente, en las ordenanzas del civismo y en la LO 4/2015 de Seguridad ciudadana se ha pretendido prohibir el fenómeno desde la alteración del orden público cuando, en realidad, tampoco supone la afectación del pacífico ejercicio de derechos fundamentales en el espacio público que debería constituir su fundamento. Deberíamos pensar, si tales aglomeraciones en la vía pública no son precisamente el resultado de la acción exclusivamente policial del tema y por qué no parece preocupar a las autoridades administrativas otras ocupaciones de la vía pública (fiestas religiosas, celebraciones de eventos deportivos, etc.) que suponen una merma en la libre circulación de los viandantes y que se permiten sin cuestionamientos de ningún tipo.

6. En resumen, la insignificancia económica que el fenómeno del *top manta* representa en el total del comercio en nuestras ciudades, el trato discriminatorio hacia otras formas de ocupación del espacio público, la vulneración de principios básicos del derecho como la proporcionalidad y la intervención penal mínima y la inexplicable desproporción frente a otras conductas de fraude protagonizadas por los poderosos, priva de legitimidad a la política criminal hoy en vigor.

7. Las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado deberán perseguir las conductas de los que se aprovechen de la situación de exclusión social de los manteros. Los poderes públicos, según sus respectivas competencias, deberán establecer convenios con las entidades sociales que trabajen con estos colectivos para regularizar su situación o encontrar actividades alternativas, así como desarrollar mecanismos para la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, tal como permite Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

III.1. Propuesta de reforma de Ley Orgánica 4/2015 y de las diversas ordenanzas del civismo que sancionan esta actividad

REGULACIÓN ACTUAL.

ART. 37. SON INFRACCIONES LEVES:

7. 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.

Asimismo, la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada.

PROPUESTA:

De supresión de la frase: "*Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada*" del segundo párrafo del apartado 7 del artículo 37.

JUSTIFICACIÓN:

Equiparar la ocupación de viviendas u oficinas, con la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada (obsérvese, que ni siquiera se exige que la venta lo sea de objetos falsificados) es un despropósito punitivo y tiene como fin, una vez más, equiparar en la imagen social a los manteros, con la de los okupas (otra palabra "fetiche").

La conducta en él descrita no afecta en absoluto a la Seguridad ciudadana y constituye una infracción flagrante del principio de intervención mínima.

III.2. Excurso: Una propuesta de reforma del Código penal

REGULACIÓN ACTUAL:

ARTÍCULO 270.4 CP

“En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”.

PROPUESTA:

“4. En los supuestos a los que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de multa de seis meses a dos años cuando el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener fuera superior a 500 euros.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, el Juez podrá eximir de responsabilidad penal”.

JUSTIFICACIÓN:

1. El legislador no se ha preocupado de mencionar cuales son los datos que apoyan la actual agravación de las penas previstas en este mismo artículo en la redacción dada en la LO 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código penal de 1995. Parece obvio que una exasperación de las penas como la descrita debe hacerse teniendo en cuenta datos objetivos que demuestren que la legislación anterior no era idónea, desde el punto de vista de la

prevención general, para disminuir la intensidad o frecuencia de esas conductas. Pues bien, tal constatación no existe. Y ninguna ayuda ofrece la Exposición de Motivos de la norma que introduce esa agravación que se refiere simplemente a que la modificación de estos preceptos (tanto el artículo 270, como el 274) “pretende fijar un marco penal amplio que ofrece al juez un margen adecuado para ajustar la pena a la gravedad de la conducta”.

2. Por ello proponemos que la pena básica para el tipo del apartado 4 del artículo 270 sea de multa de seis meses a dos años. En segundo lugar, proponemos que la conducta sólo sea punible a partir de una cifra de beneficio obtenido u obtenible superior a los 500 euros. En coherencia con esta propuesta, se debería situar también este límite en el resto de supuestos del artículo 270 pero nos limitamos a las conductas de comercialización ambulante por ser el objeto de la presente propuesta. En tercer lugar, la eliminación de la expresión “siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271”. Las dos primeras, referidas a la cuantía del beneficio obtenido o de los objetos poseídos, son de imposible aplicación a los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional; la tercera remite a lo que hemos ya criticado sobre la asimilación entre los manteros y una organización o asociación de carácter criminal, siendo más bien víctimas que ocupan el último eslabón de la cadena de distribución; por último, la cuarta resulta inexistente en la actual praxis de los manteros y, en cualquier caso, resultaría criminológicamente irrelevante. Y se modifica asimismo la pena para estos hechos estableciendo una pena no privativa de libertad (pero que sigue siendo pena “menos grave”).

REGULACIÓN ACTUAL:

ARTÍCULO 274.3

3. La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días".

PROPUESTA:

3. La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refiere el apartado anterior será castigada con la pena de multa de seis meses a dos años cuando el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener fuera superior a 500 euros.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, el Juez podrá eximir de responsabilidad penal".

JUSTIFICACIÓN:

Se conserva el primer párrafo del artículo 274, con la única modificación consistente en cambiar la pena y establecer un límite para su sanción cuando el beneficio obtenido u obtenibles fuera superior a 500 euros, por los mismos argumentos ya explicitados en la justificación de los cambios en el artículo 270.4 del Código penal.

En segundo lugar, proponemos la eliminación de la expresión "siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276" por las mismas razones expuestas en el artículo anterior.

FIRMANTES

ABEL SOUTO, MIGUEL: Catedrático acreditado de Derecho penal de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz

ALONSO RIMO, ALBERTO: Profesor titular de Derecho penal, Universidad de Valencia

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

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL: Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología, Universidade da Coruña

BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO: Catedrático Derecho Penal, Universidad de Jaén

BENITO SÁNCHEZ, DEMELSA: Profesora de Derecho penal, Universidad de Deusto

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL: Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Granada

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: Catedrático de Derecho Penal, Universitat de València

CARDENAL MONTRAVETA, SERGI: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Barcelona

CARUSO FONTÁN, VIVIANA: Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide

CARRASCO, MAR: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante

CEREZO, ANABEL: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Málaga

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: Catedrática de Derecho Penal, Universitat de Barcelona

CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén

CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ: Profesora Titular y Coordinadora del Máster en Sistema Penal y Criminalidad, Universidad de Cádiz

- CUENCA GARCÍA, M^a JOSÉ:** Profesora Agregada de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA:** Catedrática de Derecho Penal, Universidad Jaume I de Castellón
- DEL CARPIO DELGADO, JUANA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco
- DE VICENTE MARTINEZ, ROSARIO:** Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS:** Catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO:** Profesor Titular de Derecho Penal (acred. al cuerpo de Catedráticos), Universidad Carlos III de Madrid
- DOVAL PAIS, ANTONIO:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alicante
- FARALDO CABANA, PATRICIA:** Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO:** Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, Universitat Jaume I
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO:** Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Oviedo
- FUENTES OSORIO, JUAN LUIS:** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla – La Mancha
- GIMÉNEZ ORTIZ DE ZÁRATE, URKO:** Magistrado Juzgado Instrucción n° 7 de Bilbao
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR:** Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Penal, Universitat de Barcelona

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:** Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia
- GONZÁLEZ VEGA, IGNACIO UBALDO:** Magistrado. Juzgado de lo Penal 20 Madrid
- GUISASOLA LERMA, CRISTINA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Jaume I
- HAVA, ESTHER:** Catedrática de Derecho Penal, Vicedecana de Alumnos y Movilidad, Universidad de Cádiz
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN:** Catedrático de Derecho Penal (jubilado)
- HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS:** Profesor agregado de Derecho penal. Universidad de Barcelona
- JAREÑO LEAL, ÁNGELES:** Catedrática de Derecho penal, Universitat de València
- JUANATEY DORADO, CARMEN:** Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante
- LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN:** Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO:** Catedrático de Derecho penal. Universidad Miguel Hernández de Elche
- MORILLAS CUEVA, LORENZO:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Granada
- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.
- NAVARRO CARDOSO, FERNANDO:** Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
- NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS:** magistrado Audiencia Provincial de Ávila
- NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL:** Catedrático de Derecho penal y Secretario de la Facultad de Derecho en el Campus El Carmen de Huelva
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL:** Catedrático de Derecho Penal en la universidad de Oviedo
- PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL:** Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca

- PÉREZ MACHÍO, ANA:** Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco
- PESTANA PÉREZ, MARIO:** Magistrado Audiencia Provincial de Madrid
- POMARES CINTAS, ESTHER:** Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal, Universidad de Jaén
- PUENTE ABA, LUZ MARÍA:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidade da Coruña
- QUERALT, JOAN J:** Catedrático de Dret Penal Director del Departament de Dret penal i Criminologia i Dret Internacional públic i Relacions internacionals, Universitat de Barcelona
- RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS:** Magistrado Audiencia Provincial de Barcelona
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO:** Catedrático de Derecho Penal, Universitat de les Illes Balears
- RAMOS TAPIA, M. INMACULADA:** Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Granada
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO:** Profesor contratado doctor de Derecho penal, Universidad de da Coruña
- RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Cádiz
- RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona
- ROIG TORRES, MARGARITA:** Profesora titular de Derecho penal en la Universitat de València
- RUEDA SORIANO, YOLANDA:** Magistrada. Audiencia Provincial de Barcelona, sección 21
- RUIZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN:** Catedrático de Derecho penal Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Cádiz, Universidad de Cádiz
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN:** Magistrado Sala de lo Penal Audiencia Nacional
- SALINERO ALONSO, CARMEN:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SANDOVAL, JUAN CARLOS: Profesor Contratado doctor de Derecho penal, Universidad de Alicante

SANZ MULAS, NIEVES: Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Salamanca

TERRADILLOS BASOCO, JUAN M^{ca}: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Cádiz

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULA: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Vigo

VARELA CASTEJÓN, XERMÁN: Magistrado Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pontevedra

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: Profesora Titular de Derecho Penal (Catedrática acreditada), Universidad de Salamanca

