

**Antonio Baylos**

## **Represión penal y derecho de manifestación**

Ha tenido gran resonancia mediática la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que ha enjuiciado los delitos contra las Instituciones del Estado, de atentado, asociación ilícita y una falta de daños a propósito de los sucesos de junio del 2011 en el que el movimiento 15-M convocó una concentración ante el Parlament de Catalunya con la consigna “Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades” en donde se produjeron incidentes con los parlamentarios que iban a entrar en el recinto, impidiendo la entrada a los coches del presidente del gobierno catalán y profiriendo insultos contra los diputados y diputadas. La acusación la han ejercido no sólo el Ministerio Fiscal, sino el gobierno y el parlamento catalán, además de esa plataforma que se hace llamar sindicato —y a la que paradójicamente nadie le ha negado esa cualidad— Manos Limpias.

El fallo absolutorio de los acusados, con la excepción del que arruinó la ropa y el bolso de la diputada socialista Montserrat Tura con un spray, condenado por una falta de daños, ha sido recibido por el Partido Popular con el rudo aturdimiento y la zafiedad autoritaria a la que nos tiene acostumbrados. Su valoración política negativa de la sentencia —que define ampliamente el derecho de manifestación, en sentido opuesto a lo que el Gobierno y el PP diseñan y promueven— se escuda en elementos jurídicos enunciados de manera contundente: no se ajusta a derecho. Derecho que se concibe, a la manera del fiscal soviético Vichinsky como la voluntad del grupo dominante. Con rapidez ejecutiva, el gobierno ha ordenado al Ministerio Fiscal que recurra y éste se muestra “indignado” con la sentencia o al menos eso se hace decir al fiscal general, Torres-Dulce. El Gobierno de la Generalitat y el Parlament, con el voto favorable de CiU, PP, Ciutadans y PSOE, también recurrirán. El PSOE, en su línea de indecisión, ha manifestado que “respetar” todas las decisiones judiciales, sin añadir nada más, aunque cada uno de los candidatos a las primarias se han manifestado en sentido divergente, y de los grupos parlamentarios, es Izquierda Plural la que con mayor claridad ha explicado que se trata de un fallo judicial que pone severos límites a la criminalización de la protesta, de manera que la interpretación que en ella se realiza de los derechos de reunión y manifestación conforme a la constitución debería ser incorporada a la práctica de los responsables gubernativos. En la vertiente social, por el contrario, la sentencia ha sido saludada como extremadamente positiva por los sindicatos, los colectivos de abogados críticos, y naturalmente, los movimientos sociales.

Los medios de comunicación oficialistas han recogido, en lo esencial, el mensaje, aunque, como era previsible, la constatación del mismo les haya parecido muy peligroso (“delirante”, lo ha definido el periódico global, antes de lanzar un ultimátum solemne, que sin embargo suena más bien ridículo, como pronunciado por un personaje de Arniches: “Por ahí no se puede pasar”. De paso han arremetido contra el ponente de la sentencia, Ramón Sáez, señalándole ideológicamente como el enemigo interno).

El mensaje —tan subversivo— consiste en que la protesta ciudadana expresada en la presencia masiva en las calles, es una forma de participación política que no puede considerarse delictiva. El derecho de manifestación y de reunión es un potente vector de intervención ciudadana en la política. En el caso concreto, no se trataba de tomar el Parlamento catalán, sino de un bloqueo

pacífico como forma de reaccionar frente a una decisión política de recortar de forma drástica prestaciones sociales fundamentales.

Pero más allá de la repercusión política y mediática, la SAN de 7 de julio de 2014 es un texto jurídico de gran interés. Una primera y extensa parte de la Sentencia está dedicada a la legalidad de la prueba. Son páginas que hablan de aspectos centrales en la configuración del poder público, su capacidad de intervención y de control sobre las personas y la identificación de las mismas en relación con la formalización en el proceso penal y su contención dentro de los límites y garantías constitucionalmente previstos. En esta materia hay en la sentencia —que está muy bien escrita, lo que lamentablemente no suele ser común en la prosa judicial— una reflexión sumamente original —y erudita— sobre la fisonomía del delincuente y su identificación, el tratamiento de la imagen en esos procesos de “reportaje fotográfico fisonómico”, en un desarrollo que reconstruye el marco constitucional de este aspecto con numerosas citas de jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con esta orientación, sólidamente fundada, los magistrados de la AN van analizando los acontecimientos del bloqueo al Parlamento y concluyen la imposibilidad en todas las ocasiones de establecer un nexo directo entre actos de violencia punibles y la identidad de los propios acusados. La recomposición que se efectúa mediante la práctica de la prueba así lo atestigua. Y en consecuencia el relato que efectúa la Audiencia Nacional difiere sustancialmente del que ha hecho la policía — dado que el Juez de Instrucción dio por bueno sin contraste con las partes ese material identificatorio. Y ello al margen de las precisiones que va desgranando la descripción de los hechos de esta sentencia sobre la repercusión de la protesta en la actividad del Parlamento —que no tuvo que suspender la sesión, sino que cambió el orden del día de la misma— o sobre la inactividad de la Policía que no previno un dispositivo de seguridad para proteger la entrada de los diputados a la única puerta que había dejado abierta, donde se concentraron asimismo los manifestantes.

Una segunda parte se dedica a examinar la relación entre el ejercicio de los derechos fundamentales y la represión penal. Parte de una afirmación muy clara, la de que los límites de un derecho fundamental se encuentran en la Constitución, y no en el Código Penal, y que en consecuencia el juez penal tiene en estos casos que comprender necesariamente cuál es el contenido esencial del derecho. “Los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de manera contraria a los derechos fundamentales, por lo que debe excluirse del ámbito de intervención penal la conducta amparada por el contenido constitucionalmente protegido”.

La Audiencia Nacional mantiene una visión funcional e histórica de este contenido esencial. La función de los derechos fundamentales varía con el paso del tiempo, como es evidente, y no cumple por tanto los mismos fines ni despliega su eficacia de la misma manera en un momento histórico determinado que en la actualidad. Para calibrar esta funcionalidad actual, contextualizada en nuestros días, del derecho de manifestación, el tribunal se vale de un nexo muy sintomático entre el clásico derecho de libertad de expresión y su exteriorización a través de la presencia colectiva de personas en el espacio público, en las calles, lo que en definitiva se conoce como derecho de manifestación o de reunión en lugares públicos.

La sentencia enlaza reunión y expresión como derechos fundamentales con protección mutuamente reduplicada, consciente que “para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la

sociedad democrática”. El pluralismo social como valor superior de nuestro ordenamiento, obliga al Estado a “garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas —¿más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos—? frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas, si se quiere un debate público “sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta”, como señalaba el juez Brennan, del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Por consiguiente, libertad de expresión y libertad de reunión y de manifestación son cauces de la democracia participativa, y deben estar especialmente protegidos para que desplieguen su eficacia en una nueva situación en la que la opinión pública es más opaca y más manipulable. Por eso —y se trata del párrafo de la sentencia más comentado— “cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar”.

Hay por tanto una compenetración entre la libre expresión y la reunión de los ciudadanos para hacer presente sus propuestas como forma de participación política. En el caso concreto, el contenido de la reunión se inscribía claramente en objetivos constitucionalmente garantizados por el pluralismo político, aunque su forma de expresión “era problemática” tanto en la forma de presentarla como en su desarrollo al no permitir nuestro sistema jurídico un cuestionamiento formal de las decisiones del Parlamento ni desde luego interrumpir su actividad. “La protesta se iba a desarrollar bajo dos formas de acción colectiva. Por un lado, la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social. De otro lado, la confrontación con los diputados, personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir”.

En este punto la Sentencia permite una aplicación directa a los casos de incriminación penal de los piquetes de huelga, puesto que textualmente utiliza el término de piquete para explicar los acontecimientos sobrevenidos en la puerta del Parlamento y la define didácticamente como una figura de protesta social. En el caso de la huelga, el piquete forma parte del contenido esencial del derecho de huelga, y en él se acumulan este derecho y el de libre expresión colectiva junto con el derecho de información. Su desarrollo debe ser naturalmente pacífico, pero sin olvidar que la huelga es un acto de rechazo de la disciplina empresarial y de la obligación de trabajar que se lleva a cabo como presión en un contexto de enfrentamiento colectivo con el poder privado del empresario o contra el diseño político del poder público en materia social y laboral. Por tanto la aceptación del trabajo por los no huelguistas implica la apertura inmediata de una situación de enfrentamiento con el objetivo central de la huelga.

Hay por tanto momentos en los que, como señala didácticamente la SAN de 7 de julio 2014 comentada, se pueden producir “conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho (STc 104/2011, Fj 6)”, pero que no por ello pueden ser consideradas

de tal desvalor social que sean incriminadas penalmente. Son espacios —“terrenos intermedios”— de los que el juez no puede apropiarse desde la norma penal, porque resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, “atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho”. Por eso, y es cita de una sentencia del TC, el juez no puede “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, 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” (STc 110/2000, Fj 5).

Por otra parte, la capacidad de intervención del poder público que se reconoce en la Ley reguladora del derecho de reunión, debería haber obligado a la Consejería de Gobernación a “pautar” la protesta, levantar un perímetro, establecer un cordón de seguridad. El resultado de encontronazos entre diputados y manifestantes se debió fundamentalmente a esta imprevisión del poder público.

En efecto, “la mayoría de las conductas probadas que se atribuyen en la sentencia a alguno de los acusados consistieron en participar en la manifestación, permaneciendo en el lugar —¿acotado por la autoridad gubernativa, mediante el cierre de las puertas de acceso al parque que rodea la sede del Parlament, y delimitado en concreto por la acción de los agentes que intervenían secuencialmente, desplazando a los grupos de manifestantes—? y encontrándose con alguno de los parlamentarios”, lo que se inscribe en el contenido constitucional del derecho. Otras acciones identificadas con un cierto significado de exceso o abuso del derecho de manifestación consistían en ponerse delante de los diputados con los brazos abiertos o caminar detrás de ellos con los brazos en alto, al tiempo que se coreaban las consignas sobre el recorte presupuestario o la falta de legitimidad de la representación que ostentaban. Aunque formalmente podrían definirse como actitudes coactivas, carecen a juicio de la sala de entidad material suficiente para integrar el tipo.

En último término, hay que tener en cuenta —como admite el propio voto particular del magistrado Grande-Marlaska, al solicitar un indulto inmediato para los que a su juicio deberían ser condenados— que la pena solicitada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones superaban los cinco años de cárcel para cada uno de los manifestantes. “La sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política”. Se trata de acciones de escasa lesividad ante las cuales la prohibición de exceso del derecho penal aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas “que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlament o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto”.

En resumen, y como se ha dicho, se trata de un texto judicial extremadamente rico, de fuerte contenido liberal-democrático, por su convincente construcción de las libertades de reunión y de expresión y su conexión con la opinión pública y la participación política, que contiene además consideraciones muy valiosas en el tema de la apreciación de la sanción penal en situaciones de

conflicto y de áspera confrontación de intereses como las que se da en los piquetes de huelga. Un verdadero *leader case*, cuya lectura se recomienda vivamente.