

## *Protesta*

---

En *Malum passionis*<sup>1</sup> dediqué un capítulo a la delincuencia de la pobreza, que es uno de los retos esenciales de los Estados de derecho de nuestro tiempo. Muy distintas de ella son la delincuencia de la protesta y la delincuencia de motivación socio-política.<sup>2</sup> Aunque también estos dos últimos grupos de delitos pueden traer causa de situaciones de exclusión social, con frecuencia se plantean más bien como reacciones a una supuesta “exclusión política”. Es decir, a supuestos déficits representativos del sistema democrático formal. Parece claro, por tanto, que nos hallamos también aquí ante retos en ascenso, como consecuencia de la progresiva ruptura de los consensos sociales y políticos básicos en nuestros Estados de derecho.

El fenómeno más frecuente de la delincuencia de la protesta es, probablemente, el de los cortes de vías públicas llevados a cabo por grupos humanos con alguna motivación socio-política. Esos cortes de vías públicas producen como efecto inmediato la lesión de la libertad ambulatoria de terceros (los automovilistas o peatones). Sin embargo, determinados sectores doctrinales y jurisprudenciales sostienen el carácter justificado de esos hechos por realizarse en el ejercicio legítimo de un derecho.<sup>3</sup> La aceptación de esta línea argumental requiere, en primer lugar, la especificación de cuál es el derecho que se ejerce en estos casos. Algunos autores aluden a la libertad de expresión.<sup>4</sup> Pero esta puede ejercerse sin necesidad de interrumpir la circulación de vehículos por la calzada o por la carretera. En realidad, ni la libertad de expresión, ni la de reunión, ni la de manifestación conllevan necesariamente la afectación de la libertad ambulatoria ajena. Es cierto que el derecho de manifestación puede implicar tal afectación en algunos casos. Ahora bien, para llevar a cabo una adecuada ponderación de los derechos en conflicto se suele dar precisamente un sistema de autorización como el que, por ejemplo, existe en España.

El problema viene dado, entonces, por los casos en que se produce una manifestación no autorizada que genera la reiteradamente aludida lesión de la libertad ambulatoria de

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018.

<sup>2</sup> Piénsese, por ejemplo, en el fenómeno de la guerrilla revolucionaria, que ya se encuentra en el límite con la guerra civil, si es que no llega a alcanzarlo.

<sup>3</sup> SAN (secc. 1ª) 31/2014, de 7 de julio (caso asedio al Parlament, 14 de junio de 2011); voto particular del magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 161/2015, de 17 de marzo. En la doctrina, por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP). Comentario sobre el caso “Aturem el parlament”», en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1233 ss.

<sup>4</sup> Paradigmáticamente, GARGARELLA, «Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta», en EL MISMO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, 2005, pp. 72 ss.; EL MISMO, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, 2006, pp. 22 ss.; EL MISMO, «Un diálogo sobre la ley y la protesta social», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (61), 2008, pp. 27 ss.

terceros. En este contexto preciso se alude por algunos a la existencia de un “derecho de protesta” que en todo caso justificaría los hechos.<sup>5</sup> Se sostiene que la manifestación pacífica de grupos marginalizados es consustancialmente “disruptiva”, perturbadora.<sup>6</sup> Eso sería lo propio de los delitos de auto-inclusión social (delitos contra los criterios de separación o invisibilidad de la pobreza) y de auto-inclusión política (delitos contra las limitaciones de la participación política). Pero, aun así, en la medida en que ello afecte a derechos de terceros, se admitirá que es necesario encontrar algún criterio de armonización entre los derechos de quienes protestan y los de quienes sufren su protesta. Desde luego, no cabe argumentar sin más que, si la protesta no es “violenta” –en el sentido ciertamente hiperrestrictivo de que no sea agresiva contra la vida o la salud de terceros–, su ejercicio debe prevalecer sobre otros derechos de terceros, dado su carácter preferente en las modernas sociedades democráticas desiguales.

En primer lugar, no está nada claro que la protesta que implica el corte de calles o carreteras no sea *eo ipso* violenta. Desde luego, si por violencia se entiende la negación frontal de la libertad que tienen los otros de realizar la voluntad lícita que se han formado, entonces el corte de vías públicas es un acto de violencia. Es cierto que en su sentencia de 10 de enero de 1995 - 1 BvR 718/89, el Tribunal Constitucional alemán rechazó que las “sentadas” de protesta (*Sitzblockaden*) fueran por sí mismas un acto de fuerza física corporal (*Gewalt*),<sup>7</sup> a los efectos del delito de coacciones del § 240 del código penal de aquel país. El Tribunal sostuvo esta tesis tratando de distinguir entre la influencia física de la “sentada” sobre la conducta de terceros (obstáculo real) y su influencia meramente psíquica (acto de autocontención para no atropellarlos).<sup>8</sup> Sin embargo, la jurisprudencia posterior observó que, aun cuando la influencia de la sentada sobre la primera línea de automovilistas sea psíquica, el efecto desplegado sobre la segunda línea es, ahora sí, físico (el obstáculo representado por los conductores psíquicamente afectados y, por ello, detenidos). De modo que puede afirmarse la existencia de fuerza corporal: en lo que aquí interesa, violencia.<sup>9</sup> En definitiva, lo primero que debe sostenerse por quienes tratan de defender la protesta como derecho es por qué un Estado democrático debe reconocer el ejercicio de cierta violencia como algo legítimo...

---

<sup>5</sup> ABU EL-HAJ, «The Neglected Right of Assembly, *UCLA L. Rev.*, (56), 2009, pp. 543 ss.; LA MISMA, «Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Assembly», *Missouri Law Review*, (80), 2015, pp. 961 ss., 981, refiriéndose a la manifestación y a la protesta como forma de participación política en segmentos sociales (en el caso, las comunidades negras urbanas en las que surgió el movimiento *Black Lives Matter*) que contemplan con escepticismo los procesos electorales.

<sup>6</sup> ABU EL-HAJ, *Missouri Law Review*, (80), 2015, pp. 982 ss., 984, reconociendo que el derecho de manifestación pacífica no protege, de momento, tales protestas disruptivas, aunque no sean violentas.

<sup>7</sup> Cfr. la crítica a esta sentencia en SCHOLZ, «Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen Entscheidung des BVerfG», *NStZ*, 1995, pp. 417 ss.; LESCH, «Bemerkungen zum Nötigungsbeschuß des BVerfG vom 10. 1. 1995», *JA*, 1995, pp. 889-896. Para HERZBERG, «Strafbare Nötigung durch Versperren des Fahrwegs?», *GA*, 1996, pp. 557 ss., 564, aunque no fuera violencia física se trataría en todo caso de intimidación (amenaza: *Drohung*).

<sup>8</sup> Por eso tan pronto como a la “sentada” en sí se añadía algún tipo de barrera física adicional, se entendía que había violencia: BVerfG, sentencia de 24 de octubre de 2001, Az. 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96.

<sup>9</sup> Así se estableció en la denominada “*Zweite-Reihe-Rechtsprechung*”: BVerfG, sentencia de 7 de marzo de 2011, Az. 1 BvR 388/05.

Pero es que, en segundo lugar, una conducta reducida a establecer el propio cuerpo a modo de barrera pasiva no se corresponde con la fenomenología más frecuente de la protesta.<sup>10</sup> Junto a ella se halla la interposición de neumáticos y contenedores de basura, el incendio de estos, el griterío intimidante de quien intenta cruzar la barrera, etc. En una ya antigua conversación sobre estos temas, el profesor Ricardo Robles me sugería la posibilidad de entender que la lesión de la libertad ambulatoria de los conductores fuera expresión de una solidaridad de éstos con la forma extraordinaria de auto-inclusión de los otros, eso sí, limitada en el tiempo. Es decir, los automovilistas tendrían el deber de tolerar esa limitación en aras del ejercicio del derecho a la plena integración política por parte de los que protestan. De este modo, distinto de los escraches individuales, se establecería un cauce adicional al parlamentario para la canalización del conflicto social.

Como propuesta de fundamentación, ahí está. Con todo, la protesta política violenta, en el sentido indicado, parece tanto más difícil de aceptar cuanto más se muestre la existencia, en la sociedad de que se trate, de cauces institucionalizados de protesta. Es decir, parece que aquí también debe hablarse de “primacía de las instituciones”, como en el estado de necesidad agresivo justificante. Sólo en sociedades en las que la protesta (o ciertas formas de protesta de ciertos colectivos) no hallen cauce institucional, podría admitirse lo señalado. Ahora bien, esto significa que cuando quienes protestan tienen a su alcance resortes evidentes de poder político institucional y medios de comunicación, la protesta violenta es a todas luces antijurídica. Frente a ella cabe la causa de justificación de legítima defensa y por supuesto tienen que intervenir las fuerzas de seguridad, amparadas por la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

Jesús-María Silva Sánchez

---

<sup>10</sup> Cfr., en abierta crítica a la posición de GARGARELLA, BENENTE, «Criminalización y regulación de la protesta social», *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, pp. 19 ss., 32: “Los piquetes se caracterizan no solamente por los cortes de ruta o calles sino también por los bombos, la pirotecnia, la quema de neumáticos (...). De lo que se trata, pues, es de violencia, de cierta demostración de fuerzas, de generación de daños (...)”. Y más adelante (p. 38): “El ejercicio de fuerza y violencia, y la producción de daños, no son fenómenos contingentes o accesorios a la huelga o al piquete como formula Gargarella. No es que durante un corte de ruta ‘una persona se levanta y realiza un acto de violencia’, sino que la violencia y la producción de daño es constitutivo e irremediamente forma del corte. Detectar y marcar el grosero error de suponer que lo constitutivo del piquete es el ejercicio de la libertad de expresión y que la violencia es solamente accesoria, no es una simple sutileza conceptual.”