

CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS PARA EL ANÁLISIS DEL DELITO DE REBELIÓN Y, EN PARTICULAR, DEL DELITO DE SEDICIÓN: BIEN JURÍDICO Y ALGUNOS ELEMENTOS DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO

Rafael REBOLLO VARGAS

Catedrático acreditado de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Una breve referencia a la evolución legislativa de los delitos de rebelión y sedición. 3. El bien jurídico protegido en los delitos de rebelión: desde la Seguridad interior del Estado a los Delitos contra la Constitución. 3.1. Delitos contra la Seguridad interior del Estado. 3.2. Delitos contra la Constitución y rebelión. 4. El bien jurídico protegido en el delito de sedición: Delitos contra el orden público y sedición. 5. El comportamiento típico: El alzamiento violento y público en la rebelión y el alzamiento público y tumultuario en la sedición. 5.1. Rebelión: el alzamiento violento y público. 5.2. Sedición: el alzamiento público y tumultuario. 6. Los elementos de confusión y los fines pretendidos en la rebelión y en la sedición: otra de las claves de diferenciación.

Resumen: Los delitos de rebelión y de sedición habían recibido un tratamiento muy próximo, seguramente, por su consideración como Delitos contra la Seguridad interior del Estado. Sin embargo, con la actual configuración del Código penal la rebelión como Delito contra la Constitución y la sedición como Delito contra el orden público, los objetos de tutela y los comportamientos típicos son distintos, además de perseguir fines diferentes.

Palabras clave: Delitos contra la Constitución, Delitos contra el orden público, Rebelión, sedición, alzamiento violento y público, alzamiento público y tumultuario.

Abstract: The crimes of rebellion and sedition had received a very close treatment, probably due to their consideration as Crimes against the internal security of the State. However, with the current configuration of the Criminal Code rebellion as a crime against the Constitution and se-

dition as a crime against public order, the objects of protection and the typical behavior are different, in addition to pursuing different purposes.

Keywords: Crimes against the Constitution, Crimes against public order, Rebellion, sedition, violent and public uprising, public uprising and tumultuary.

1. Consideraciones Generales

El delito de sedición es uno de los ilícitos al que la doctrina ha venido prestando tradicionalmente menos atención, existiendo asimismo escasos pronunciamientos de nuestros Tribunales. En todo caso, si hay dos particularidades que lo caracterizan son, en primer lugar, que la mayoría de los trabajos que lo han abordado lo configuran como una «rebelión en pequeño». Calificación con una indiscutible fortuna en la doctrina, que se atribuye VIADA y que, como veremos más adelante, no comparto¹. Una vez afirmado lo anterior, y desde un punto de vista absolutamente antagónico, me parece oportuno anticipar cuál es mi criterio a ese respecto que, en realidad, no difiere del propuesto en su momento por GARCÍA RIVAS², quien de manera contundente afirma que sólo un desconocimiento jurídico «supino» ha podido emparejar este delito con el de rebelión, pues, mientras que el delito de rebelión supone un ataque a la estructura del Estado, la sedición es un infracción de orden bien distinta.

La otra característica común en los trabajos que se han dedicado al análisis del delito de sedición es que invariablemente citan la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980. Una resolución cuyo examen resulta obligado pues contiene un interesante análisis histórico de la trayectoria de este delito, que incluye pequeñas referencias de derecho comparado, llegando incluso a pronunciarse acerca de los elementos que componían el comportamiento típico entonces vigente. Sentencia que, desde luego, será objeto de estudio en el presente trabajo, a pesar de haber sido dictada bajo la vigencia del Código penal de 1973. En todo caso, el momento histórico por el que atraviesa nuestro país, así como la sucesión de distintas y controvertidas resoluciones de los tribunales de justicia ha hecho surgir un inusitado interés por un delito que, a mi juicio, debería de haber sido derogado en una de las tantas reformas que han convertido en irreconocible el Código penal de 1995.

¹ VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870*, T. III, 5.^a ed., Madrid, 1926, pág. 298; vid., al respecto, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2.^a ed., Madrid, 1966, pág. 555, quien hace ya muchos años afirmaba: «[E]s casi un lugar común, en materia de sedición, recurrir a la frase de VIADA de que no es otra cosa que una rebelión en pequeño».

² GARCÍA RIVAS, N., en *Comentarios al Código penal*, (NIETO MARTÍN, A-PÉREZ CEPEDA, A.I., Coordinadores), Madrid, 2007, pág. 1059.

En relación a éste, es el texto que de forma inequívoca establece las diferencias entre los delitos de rebelión y sedición al ubicarlos bajo rúbricas distintas. El delito de rebelión en el Capítulo I del Título XXI, «Delitos contra la Constitución» (arts. 472 y ss.), mientras que el delito de sedición aparece incluido en el Capítulo I del Título XXII, «Delitos contra el orden público», lo cual supone que con independencia de la descripción típica de ambos comportamientos o de sus finalidades, el objeto de protección sea dispar a lo previsto en el Código penal de 1973 donde, como se recordará, se tipificaban en los Capítulos III y IV, respectivamente, arts. 214 y ss., y, 218 y ss., además de compartir en el Capítulo V unas disposiciones comunes, todo ello bajo la rúbrica del Título II, «Delitos contra la seguridad interior del Estado».

Es probable que el origen de la, llamémosle así, «posible confusión» en la subsunción típica de determinados comportamientos en estos delitos se produce como consecuencia de la querrela que en su momento interpuso el Foro de Ermua contra el Lehendakari del Gobierno Vasco por el denominado «Plan Ibarretxe», así como contra «aquellos que pudieran aparecer como responsables de los hechos que se relatan a lo largo de la instrucción» por la presunta comisión de un delito de conspiración para la rebelión o, subsidiariamente, por un delito de conspiración para la sedición. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal), mediante su Auto 11/2005, de 1 de marzo, deniega su admisión a trámite y archiva las actuaciones ya que, afirma, reproduciendo la opinión del Fiscal, «el Estado de Derecho tiene mecanismos suficientes al margen del Derecho Penal, para, en esta fase que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales constitucionalmente establecidos». Previamente a ello significa que la rebelión es un delito contra la Constitución, que se describe típicamente por la acción de alzarse, violenta y públicamente, para cualquiera de los fines previstos en el art. 472 del Código penal; mientras que la sedición es un delito contra el orden público, que se caracteriza por la existencia de un «alzamiento, en este caso, público y tumultuario», añadiendo que no cabe deducir, ni siquiera indiciariamente, que se haya producido un concierto de voluntades entre el Lehendakari y otras personas con el serio y firme designio, ya de alzarse, «violenta y públicamente, para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución y/o declarar la independencia de una parte del territorio nacional, ya de alzarse, pública y tumultuariamente, para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad... el legítimo ejercicio de sus funciones...».

Siguiendo el *iter* de los entonces querellantes, las acciones penales en que se sustentaba la atribución a los investigados de la comisión, entre otros, de un delito de rebelión, con calificación alternativa de sedición, se han sucedido en Cataluña. Una muestra de ello es la querrela interpuesta por el «sindicato» Manos Limpias contra la Presidenta del Parlamento de Cataluña y cuatro Diputados, inadmitida a trámite mediante el Auto

núm. 11/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), por considerarse que los hechos denunciados no eran constitutivos de los delitos denunciados ni de cualquier otro ilícito penal. Corriendo idéntica suerte la querrela cursada por Unión Progreso y Democracia (UPyD) también contra la Presidenta del Parlamento de Cataluña y otros cuatro Diputados por un presunto delito de conspiración para cometer sedición, resuelta mediante el Auto núm. 10/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), que fue rechazada, entre otras razones, por considerar el Tribunal que las opiniones y votos no habían trascendido del ámbito estrictamente parlamentario, o porque la querrela no expresaba qué actos rebeldes o sediciosos públicos y violentos se estarían incitando a cometer a la ciudadanía o se estarían preparando, organizando o cometiendo para conseguir por la fuerza la derogación de la Constitución o la independencia de Cataluña, a pesar de que el querellante entendía la existencia de un plan preconcebido para desobedecer las leyes españolas y el «inicio del proceso de desconexión, llamando además a la insurrección popular e institucional».

A pesar de lo anterior, de que el desconcierto en relación a la imputación de estos delitos parecía haber perdido intensidad, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, mediante Auto de 27 de septiembre de 2017, acordó incoar Diligencias Previa a instancias del Ministerio Fiscal, por un delito de sedición dados los hechos ocurridos en Barcelona durante los días 20 y 21 de septiembre de 2017, en relación a las concentraciones y manifestaciones llevadas a cabo «para impedir por la fuerza la actuación de las autoridades y sus agentes en el ejercicio de sus funciones en defensa del ordenamiento constitucional». En todo caso, me interesa destacar en este momento una parte del Razonamiento Jurídico Tercero, donde, para arrogarse la competencia³, afirma que le corresponde, «no porque los delitos de sedición con carácter general sean competencia de la Audiencia Nacional, sino porque el delito de sedición que trata de investigar el Ministerio Fiscal en este caso puede atacar también contra la forma de gobierno «al tratar de cambiar ilegalmente la organización territorial del Estado y declarar la independencia de una parte del territorio nacional», lo que determina la competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65 1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴; resolución que, como no podía ser de otra manera, se inicia con la obligada cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980 para asegurar, seguidamente, que el bien jurídico protegido en este deli-

³ Resolución que, con similares argumentos a los formulados por la Magistrado Instructor, fue confirmada en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto núm. 467/2017, de 6 de noviembre. *Vid.* no obstante, el Voto Particular del Magistrado DE PRADA SOLAESA.

⁴ Al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de [algunos de] los delitos de sedición?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-17 (2017), *passim*.

to es el orden público, además de tutelarse el principio de autoridad, lo cual parece contradictorio con la afirmación del Auto que acabamos de reproducir y que viene a superponer, una vez más, los delitos de rebelión y sedición⁵. Y ello a pesar de que sus ámbitos de protección, su ubicación en el Código penal, las finalidades que persiguen o los elementos que configuran la descripción típica de cada comportamiento ilícito sea la que es⁶; pero, lo que está fuera de cualquier duda es que la sedición, como Delito contra el orden público, no pretende «cambiar ilegalmente la organización territorial del Estado y declarar la independencia de una parte del territorio nacional», como afirma la Audiencia Nacional. En una línea similar a la anterior, el Auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo por, entre otros, un delito de rebelión que se imputa a distintos actores políticos catalanes, realiza consideraciones para subsumir determinados hechos en los comportamientos típicos del citado delito que son absolutamente novedosas en la interpretación típica realizada hasta ahora por la doctrina y por la jurisprudencia. Con la particularidad de que en el Fundamento de Derecho Octavo del Auto de 9 de mayo de 2018, que resuelve el recurso de reforma contra la resolución anterior, no se excluye «que las acusaciones puedan sustentar una acusación por sedición».

2. Una breve referencia a la evolución legislativa de los delitos de rebelión y de sedición

Este no es el lugar de analizar el devenir legislativo de estos delitos en los distintos Códigos penales en nuestro país⁷, aunque sí creo necesario realizar unas breves pinceladas descriptivas sobre su evolución. Así, en el Código penal de 1822⁸, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público», se destina el Capítulo I a la «rebelión y al armamento ilegal de tropas», art. 274 y ss.;

⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ RODERA, F., «Los delitos de rebelión y sedición», en *Diario la Ley*, D-128, diario de 12 de abril de 1996, p. 1531, donde afirma que «se ha llegado a definir la sedición como una rebelión en pequeño o una «rebelión de segundo grado», formula que vuelve a emplear el mismo autor en *Comentarios prácticos al Código penal*, (GÓMEZ TOMILLO, M.-JAVATO MARTÍN, A.M., Directores), T. VI, Pamplona, 2015, p. 403.

⁶ *Vid.*, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña», en *La Ley*, núm. 9061, 16 de octubre de 2017, quien asevera: «El núcleo de la acción en el delito de rebelión es el alzamiento violento y público mientras que la sedición consiste en un alzamiento público y tumultuario, de forma que, según se adelantó, no sólo difieren los objetos perseguidos sino las propias conductas típicas».

⁷ Al respecto, *vid.*, GARCÍA RIVAS, N. *La rebelión militar en Derecho penal (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Albacete, 1990, pp. 49 y ss.; SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, 2013, pp. 29 y ss.

⁸ ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1965, núm. 2, pp. 263 y ss.

mientras que el delito de sedición ocupa su Capítulo II, arts. 280 y ss., en el que se le caracteriza como: «... levantamiento ilegal y tumultuario...».

Por su parte, el Código penal de 1848⁹ dedicaba el Título III a los «Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público», ocupándose el Capítulo II de los delitos de rebelión y sedición. La Sección Primera a los delitos de rebelión, arts. 167 y ss., mientras que la Segunda se ocupa de la sedición, arts. 174 y ss.: «Son reos de sedición los que se alzan públicamente para cualquiera de los objetos siguientes...»

Siguiendo con la estructura sistemática anterior, el Código penal de 1870¹⁰, ubicó en su Título III a los «Delitos contra el orden público», ocupándose en el Capítulo I de los delitos de rebelión, arts. 243 y ss.; y, de la sedición en el Capítulo II, arts. 250 y ss., con una tipificación que, en buena parte, se mantuvo en textos posteriores. Así, el citado precepto ya incriminaba a quienes «... se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza, o fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos siguientes...»

El Código penal de 1928¹¹, consignó en su Título II a los «Delitos contra el orden público», con el Capítulo I dedicado a la Rebelión, arts. 283 y ss.; y el Capítulo II a la sedición, arts. 289 y ss.: «Son reos de sedición los que se alzaren pública, colectiva y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los objetos siguientes...»

Asimismo, el Código penal de 1932, en su art. 245, como los Códigos de 1944 y de 1973, en sus respectivos artículos 218, reproducen la redacción prevista en el Código penal de 1870, esto es: «Son reos de sedición los que alzan pública y tumultuariamente...», con la salvedad de la sustitución del verbo «conseguir» por el de «impedir».

Tras la muerte del dictador en 1975, en el Ejército se suceden episodios de descontento como consecuencia del proceso político democratizador que empezaba a consolidarse en nuestro país. Movimientos que se traducen en distintas intentonas golpistas como la «Operación Galaxia» o la intentona golpista protagonizada por el Teniente Coronel Tejero (y otros) el 23 de febrero de 1981. Una de las consecuencias de todo ello sería la promulgación de la L.O. 2/1981, de 4 de mayo, la denominada «Ley

⁹ Vid., PACHECO, J.F., *El Código penal. Concordado y comentado* (Estudio Preliminar y anotaciones de Abel TÉLLEZ AGUILERA), Madrid, 2000, pp. 630 y ss., quien se refiere a la rebelión y sedición como «delitos políticos», crímenes que, afirmaba, eran los peores que se podían cometer. Afirmación a la que añade, «¿qué comparación podía haber entre el daño causado a una familia, y el que se cause al interés público, trastornando la constitución del Estado, hiriendo, asesinando a éste en su vida moral?».

¹⁰ NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, *passim*.

¹¹ COBO DEL ROSAL PÉREZ G., «El proceso de elaboración del Código penal de 1928», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, pp. 561 y ss.

de defensa de la Constitución», que modificaba y adicionaba determinados artículos del Código penal y del Código de Justicia Militar. Las novedades más significativas, por lo que se refiere al delito de rebelión, es que el art. 214 del Código penal incluye a la Constitución como objeto de ataque, además de que se tipifica la rebelión sin alzamiento (art. 217.3.º) para quienes «atentaren contra la integridad de la Nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal Nación». Asimismo, se promulga la L.O. 4/1981, de 5 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio¹², donde se establece en los arts. 32 y ss. la regulación del estado de sitio y se estipula que su declaración no puede ser acordada por una autoridad militar a iniciativa propia, sino que se propondrá en el Congreso de los Diputados a iniciativa del Gobierno; regulación que, en definitiva, viene a quebrar la histórica relación dialéctica entre estado de sitio y delito de rebelión¹³. Con independencia de la promulgación de esas leyes y de la reforma en la incriminación del delito de rebelión, lo cierto es que los delitos de rebelión y sedición continúan regulándose entre los «Delitos contra la seguridad interior del Estado», a los que se destinan el Capítulo III para los delitos de rebelión, arts. 214 y ss., el Capítulo IV para los delitos de sedición, arts. 218 y ss., además del Capítulo V, arts. 225 y ss., con disposiciones comunes para ambos.

El Código penal de 1995, como decía al inicio, ha introducido una modificación estructural y sistemática particularmente relevante en la configuración de los delitos de rebelión y sedición. Así, los delitos de rebelión se integran en el Capítulo I del Título XXI, bajo la rúbrica de los «Delitos contra la Constitución», arts. 472 y ss.; mientras que los delitos de sedición se regulan en el Capítulo I del Título XXII, bajo la rúbrica de los «Delitos contra el orden público», arts. 544 y ss, a pesar de que en los arts. 544, 546 y 549 se realizan remisiones al delito de rebelión que, a mi juicio, no contribuyen a clarificar las relaciones entre ambos ilícitos. En todo caso, parece fuera de cualquier duda que la denominación de las rúbricas de los Títulos y de los Capítulos bajo los que se incardinan las tipificaciones de los correspondientes comportamientos ilícitos supone

¹² Artículo 32. Uno. Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.

Dos. La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

Tres. La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución.

¹³ GARCÍA RIVAS, N., en *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2015, p. 51.

una identificación, *prima facie*, de cuál es el bien jurídico objeto de tutela, ya sea desde la atribución de una función sistemática o como factor determinante para su interpretación y, en este caso, el objeto de tutela en ambos delitos es distinto, lo que permite identificar nítidamente ambos bienes jurídicos.

3. El bien jurídico protegido en el delito de rebelión: desde la «Seguridad interior del Estado» a los «Delitos contra la Constitución»

3.1. Delitos contra la Seguridad interior del Estado

En primer lugar, parece que no es aventurado anticipar que de una rúbrica tan genérica como la «Seguridad interior del Estado, se derivan unas connotaciones autoritarias que tienen muy poco que ver con los principios de una sociedad democrática. Como hemos visto en el epígrafe anterior, del análisis de la regulación del primer Código penal de 1822 se puede inferir que el bien jurídico «seguridad» no aparece ligado a la tutela de los gobernados, sino con la de los gobernantes, por lo que la seguridad del Estado se identifica con la de los gobernantes¹⁴. Esa noción de «seguridad estatal» es clave para entender el concepto de «delincuencia política», ya que los delitos que se agrupan bajo esa forma de criminalidad «consisten precisamente en ataques a la seguridad del binomio Estado-Gobierno». Interpretación que es inevitable concluir de la rúbrica «Seguridad interior del Estado» de los primeros Códigos penales españoles¹⁵.

En este momento no puedo detenerme en el análisis de las rúbricas de los textos penales que siguieron al de 1822 pero sí resulta preciso hacerlo en la del Código penal de 1944, como una manifestación del alcance del nuevo modelo de Estado instaurado de la mano de la dictadura franquista. Así, en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el Código penal, es verdaderamente clarificador el apartado H) de su Exposición de Motivos, ya que refiere la inclusión en el nuevo texto de las «definiciones y sanciones de la Ley de Seguridad del Estado, de veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno». Ley, como afirma GARCÍA RIVAS¹⁶, destinada a incriminar cualquier manifestación de oposición al «Nuevo Régimen» con penas gravísimas, adquiriendo el Código un perfil sustancialmente autoritario donde la Seguridad del Estado se convierte en la seguridad del régimen político imperante surgido tras el Golpe de Estado de 1936. Como en su día afirmara

¹⁴ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar...*, ob. cit., p. 121.

¹⁵ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...* ob. cit., p. 127.

¹⁶ GARCÍA RIVAS, N., *ibidem*.

QUINTANO, los tipos penales que se agrupan bajo la rúbrica relativa a la Seguridad interior del Estado, se caracterizan por suponer «atentados contra las instituciones, el régimen político y los ideales y personas que encarnan o representan tales valores»¹⁷. Conclusión que es inevitable hacer extensiva al Código penal de 1973, donde con dicha rúbrica se alude a la seguridad del Estado-Gobierno, es decir, a la «seguridad del régimen político-institucional imperante como objeto de protección penal»¹⁸. A este respecto, como muy bien pone de manifiesto BASTIDA¹⁹, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reafirma esa interpretación, esto es, que la «Nación», el «Régimen» o el «Gobierno» se identifican con el «Estado», entendido como la organización o el orden político, social, económico o jurídico franquista, «impregnado, a su vez, de un fuerte componente ético-religioso derivado de la confesionalidad católica»²⁰. En ese sentido, son reveladoras algunas resoluciones del Tribunal Supremo donde las referencias y los vínculos que establece entre la seguridad interior del Estado y el orden público, la seguridad interior del Estado y la estabilidad del régimen «legalmente constituido» o la «estabilidad intrínseca del sistema constituido por el Estado mismo», son una muestra del vínculo entre seguridad del Estado-Gobierno-régimen autoritario²¹.

El carácter ambiguo de la rúbrica permite a un sector de la doctrina afirmar que con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 es posible una interpretación en clave constitucional del bien jurídico²², lo cual fundamentan en el articulado de la Carta Magna, en la reforma del Código penal de 1981, así como la operada mediante la L.O. 14/1985, de 9 de diciembre, mediante la que vuelve a reformarse el art. 214 del Código penal

¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1963, pp. 457-458.

¹⁸ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit. p. 133.

¹⁹ BASTIDA FREIJEDO F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Barcelona, 1986, pp. 122 y ss. Por otro lado, no puedo sustraerme a reproducir unas frases del autor en la Introducción a su trabajo, p. 13, donde refiriéndose a los problemas que había tenido para su publicación, refiere que: «...los editores consultados no se atrevieron durante estos años de transición a imprimir la obra. Les parecía un exceso publicar que un tribunal, y máxime si ese tribunal es el TS, tiene ideología, que esa ideología es la propia del Régimen franquista y que, además, la vierte en su jurisprudencia...».

²⁰ Como afirma BASTIDA FREIJEDO, F.J., ob. cit., p. 29, «El principio de unidad espiritual aparece expresamente proclamado en el art. 33 del Fuero de los Españoles», como en el art. 2 de la Ley de Orden Público, donde se vincula el concepto de orden público al de unidad espiritual.

²¹ BASTIDA FREIJEDO, F.J., ob. cit., p. 134.

²² *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. - RODRÍGUEZ RAMOS, L. - POLAINO NAVARRETE, M., en *Código penal comentado*, (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.-RODRÍGUEZ RAMOS, L., Coordinadores), Madrid, 1990, quienes afirman que el bien jurídico protegido en el delito de rebelión, «está constituido por las singulares dimensiones de la seguridad interior del estado integradas por la Ley Fundamental, la Jefatura del Estado, el Parlamento, la unidad nacional, el Gobierno y la libertad de elecciones para cargos públicos, que representan sendas dimensiones institucionales del orden político legítimamente constituido en el Estado de Derecho, conforme a la propia estructura constitucional del Estado».

para incluir entre los fines de los rebeldes la sustitución de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y la disolución de sus Asambleas Legislativas. Interpretación, quizá, un tanto optimista que no impidió que el Pleno del Tribunal Constitucional dictara una controvertida resolución interpretativa sobre el delito de huelga sediciosa que, a mi juicio, era tributaria de la rúbrica del Código penal seguridad interior del Estado²³. No obstante, creo que una fórmula como la seguridad interior del Estado no puede configurarse como un bien jurídico del que pueda predicarse una lectura en clave constitucional²⁴, por una razón fundamental: el hecho innegable de que está vinculada estrechamente desde sus orígenes a una concepción autoritaria del Estado lo cual, como afirma GARCÍA RIVAS, es discordante con un sistema que propugna en el art. 1 de su Constitución que los valores superiores de su ordenamiento jurídico son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, esto es, de incompatibilidad con la filosofía democrática que inspira la Constitución vigente²⁵, sin que, por otro lado, continúe, sea admisible el argumento de que el bien jurídico seguridad interior del Estado es de carácter plural ya que agrupa delitos de distinta naturaleza²⁶.

Por lo demás, debe recordarse que la tutela penal de las autoridades, aún incluso de las de más elevada consideración, únicamente puede encontrar justificación en un Estado constitucional y democrático de Derecho cuando dicha protección aparezca vehiculada como mecanismo

²³ STC 11/1981, de 8 de abril, donde se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por Nicolás Redondo Urbieta y cincuenta y un diputados más contra el Real Decreto Ley 17/77, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y convenios colectivos de trabajo. Así, en el F.J. 26 se afirma: «Ataca el recurso la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley, que dio una nueva redacción al art. 222 del Código Penal, considerando como reos de delito a los funcionarios encargados de la prestación de servicios públicos, así como a los patronos y obreros que con el fin de atentar contra la seguridad del Estado suspendan o alteren la regularidad en el trabajo.

El tipo delictivo dibujado no puede considerarse como inconstitucional si se tiene en cuenta que lo que se penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado, esto es, tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas. Los delitos contra el Estado, al que atacan en cuanto entidad soberana y como estructura de la vida jurídico-política de la sociedad, son, incuestionablemente, delitos cuya producción requiere un dolo específico, que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo no puede ser cuestionada».

²⁴ *Vid.*, respecto, SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 144, donde considera que a partir de 1978 puede entenderse que el objeto protegido en la incriminación del delito de rebelión común y militar, «es el orden u organización política e institucional del Estado democrático basado en la soberanía popular».

²⁵ *Vid.*, BASTIDA FREJEDO F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, ob. cit., pp. 149 y ss., que se corresponde con la segunda parte de su obra, donde se analiza la «negación de las libertades públicas».

²⁶ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 125.

a través del que garantizar el correcto ejercicio de las funciones públicas inherentes al cargo. De ahí que, a mi parecer, el principio de autoridad no resulta en ningún caso merecedor de ser elevado a la condición de bien jurídico protegido, en tanto que la condición de autoridad no debe jamás erigirse en un valor en sí mismo²⁷.

3.2. *Delitos contra la Constitución y rebelión*

Una vez revisadas algunas cuestiones interpretativas relacionadas con la rúbrica «Delitos contra la seguridad interior del Estado», es necesario determinar el objeto de tutela del Título XXI del actual Código penal vigente, «Delitos contra la Constitución», bajo la que se ubica el delito de rebelión, en su Capítulo Primero, arts. 470 y ss., porque, a mi parecer, se trata de un criterio determinante para diferenciar entre los delitos de rebelión y los delitos de sedición que, confío, permitan descartar de una vez por todas que el delito de sedición es una «rebelión en pequeño».

En todo caso, que el delito de rebelión sea el que encabece el Título de los «Delitos contra la Constitución» es un indicador al que no hay que restarle trascendencia, sin perjuicio de que en ese mismo Título se incriminan comportamientos de lo más heterogéneo como los «Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos» que, al igual que ocurre con los Delitos contra el orden público, tiene como consecuencia la dificultad de encontrar un nexo de conexión entre todos ellos. En todo caso, lo que sí podemos afirmar es que el delito de rebelión es el ilícito más grave contra el sistema constitucional y contra el Estado democrático. Es cierto que en una época de normalidad democrática la tipificación del delito de rebelión puede parecer innecesaria; sin embargo, más allá de la sucesión de rebeliones militares que impregna-

²⁷ Así lo habría venido entendiendo nuestro Tribunal Supremo al analizar la evolución del bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos de atentado y desobediencia; a modo de ejemplo, *vid.* STS 837/2017, de 20 de diciembre. Asimismo, la STS 534/2016, de 17 de junio, con cita de la 108/2015, de 10 de noviembre, y otras varias, afirma que con respecto al delito de resistencia que se tipifica en el art. 556 CP, «... la jurisprudencia actual ha dado entrada en el tipo de resistencia no grave a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho. Los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. En definitiva, aunque la resistencia del art. 556 es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad (STS 912/2005 de 8 de julio), en que más que acometimiento concurre oposición ciertamente activa, que no es incompatible con la aplicación del art. 556.»

ron una buena parte del s. XIX no hay que olvidar que, en el s. XX, éstas no fueron ajenas al devenir de nuestro país, ya no sólo por los Golpes de Estado protagonizados por el General Primo de Rivera o por el General Franco, quienes nos sumieron en el profundo abismo de las dictaduras, sino que desde el inicio de la Transición las intentonas golpistas no fueron infrecuentes (varias con los mismos protagonistas) e incomprensiblemente algunas se silenciaron por los Gobiernos de turno. Una muestra de ello es la denominada Operación Galaxia en 1978; la protagonizada por, entre otros, el Teniente Coronel Tejero el 23 de febrero de 1981; además de la conspiración golpista que había fijado como fecha clave la del 27 de octubre de 1982 (el día anterior a la celebración de las elecciones generales en las que ganó el PSOE por mayoría absoluta); o la intentona de 2 de junio de 1985, la última de la que se tienen noticias, que debió llevarse a cabo en La Coruña, durante la celebración del día de las Fuerzas Armadas y sobre la que no se llevó a cabo ningún tipo de actuación²⁸.

Como ya hemos dicho, es la intentona golpista del 23 de febrero de 1981 la que propicia la reforma de estos delitos y, con ello, el tratamiento diferenciado de los delitos de rebelión y de sedición, con ubicaciones distintas en el Código penal. Antes de continuar, debo realizar dos pequeñas puntualizaciones. La primera de ellas es que el análisis que se va a realizar se circunscribe a los delitos de rebelión común, no a los delitos de rebelión militar en situación de conflicto armado²⁹. En segundo lugar, que no se puede limitar el objeto de protección de estos delitos a la Constitución en sentido estricto, ni siquiera atendiendo a que el legislador ha introducido como una de las modalidades típicas su derogación, suspensión o modificación (con alzamiento violento y público) ya que, a mi parecer, lo protegido en estos delitos es el ordenamiento constitucional del Estado³⁰.

En directa relación con lo anterior, la práctica unanimidad de la doctrina interpreta el objeto de tutela de la rúbrica del Título XXI de forma similar. Así, entre otros, GARCÍA RIVAS se refiere al «ordenamiento constitucional democrático», VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU emplean la fórmula

²⁸ CUGAT MAURI, M., «La violencia como elemento del delito de rebelión», en *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M.ª TERRADILLOS BASOCO*, Valencia, 2018, p. 567-568.

²⁹ *Vid.*, art. 9.1.b), L.O. 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar. Asimismo, DE LEÓN VILLALBA, F.J., JUANES PECES, A., RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *El Código penal militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Valencia, 2017, pp. 52 y ss., 182 y ss., 384 y ss.; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Bases del Derecho penal militar español*, Madrid, 2016, pp. 82 y ss.

³⁰ REBOLLO VARGAS, R., en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T II, (CÓRDOBA RODA-GARCÍA ARÁN, Directores), Madrid, 2004, pp. 2349-2350. Asimismo, GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Compendio de Derecho penal español. Parte Especial*, (COBO DEL ROSAL, M., Director), Madrid-Barcelona, 2000, p. 907; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial* (COBO DEL ROSAL, M., Director), T. II, Madrid, 1997, p. 565, quien afirma «[L]a Constitución es la Ley Fundamental, ley de leyes a que ha de acomodarse la totalidad del Ordenamiento positivo. Pero no es integrante de un bien jurídico, conforme a los postulados de la dogmática penal».

«organización democrática del Estado», GONZÁLEZ RUS lo identifica con las «bases del sistema jurídico y político diseñado en la Constitución», o MUÑOZ CONDE que alude a «las bases del sistema constitucional»³¹; propuestas, que presentan unas similitudes indiscutibles y que, con independencia de las precisiones lingüísticas, todas ellas tienen un eje vertebrador que se interpreta en clave constitucional: «el ordenamiento jurídico e institucional del Estado»³²; ordenamiento que no podría ser otro que el diseñado en la Constitución de 1978. Así, compartiendo lo propuesto por SANDOVAL CORONADO³³, creo que no es difícil concluir que la configuración del Estado se compendia en el art. 1 de la CE. En efecto, en el citado precepto se hace explícita la adopción de un determinado modelo jurídico-político e institucional del Estado (el social y democrático de Derecho), a la vez que se propugnan los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político [sin perjuicio de que puedan identificarse otros a lo largo del articulado]), de la misma forma que afirma que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, o que la forma política del Estado es la Monarquía parlamentaria. Por lo tanto, el art. 1 CE sería el principal referente normativo de la Constitución y, a su vez, si ésta se entiende como ordenamiento constitucional democrático, resulta que es el precepto que sintetiza algunos de los fundamentos más significativos del sistema constitucional. La consideración anterior, desde una estricta clave de análisis constitucional, nos lleva a concluir que la determinación del bien jurídico protegido en la rúbrica de este Título se refiere en términos generales al mismo objeto de tutela, por lo que no parece aventurado sostener que cualquiera de ellas puede utilizarse para concretar el bien jurídico protegido en el delito de rebelión. Asimismo, parece que si bien las distintas denominaciones que se emplean se refieren a un mismo objeto formal que impregna la totalidad del articulado, el art. 1 CE «sintetiza la base constitucional de tales conceptos»³⁴.

Una vez perfilado el objeto de tutela en el Capítulo I del Título XXI del Código penal, es imprescindible su análisis en los delitos contra el orden público.

4. El bien jurídico protegido en el delito de sedición: Delitos contra el orden público y sedición

El Título XXII, bajo la rúbrica de los «Delitos contra el orden público», al igual que ocurre con el Título XXI, acoge siete Capítulos de

³¹ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., pp. 234-235, en especial notas a pie de página 504 y 505, donde recoge las distintas posiciones doctrinales con propuestas, todas ellas, muy similares.

³² SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 235.

³³ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 238.

³⁴ SANDOVAL CORONADO, J.C., *ibidem*.

contenido muy heterogéneo (Sedición; Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y de la resistencia y desobediencia; Desordenes públicos; Disposiciones comunes a los anteriores; De la Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; De las organizaciones y grupos criminales; y De las organizaciones terroristas y de los delitos de terrorismo), de lo que resulta muy complicado identificar un objeto de tutela común en todos ellos. A este respecto, en relación a la heterogeneidad normativa del Título es particularmente crítico POLAINO NAVARRETE³⁵, quien la reprocha con dureza para enfatizar que se caracteriza por la falta de adecuación a la rúbrica bajo la que se ubican, lo que le lleva a asegurar que se trata de un concepto vacío que se llena de contenido únicamente con el interés tutelado en cada delito, de manera que el Título XXII sólo tiene el valor de una cláusula formal.

Sin obviar las consideraciones anteriores, sobre las que volveremos más adelante, en este momento me interesa destacar una cuestión ya mencionada pero que creo necesario retomar. Me refiero a las rúbricas de los Códigos penales anteriores al actual y, con ello, a las denominaciones «De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público» (Código penal de 1822); «Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público» (Código penal de 1848); «Delitos contra la Constitución» y «Delitos contra el orden público» (Código penal de 1870, que se mantiene idéntico en los Códigos de 1928 y 1932); «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (Código penal de 1944). En este último se suprime la referencia al orden público, aunque se incluyen en él los delitos que se agrupaban bajo esa rúbrica, sin olvidar que se le incorporan preceptos dispuestos en otras Leyes. Todo ello sin perjuicio de que el Código penal de 1995 recupera la denominación de «Delitos contra el orden público», diferenciándolos de los «Delitos contra la Constitución».

En todo caso, el significado del concepto de orden público en los Códigos penales anteriores al vigente, es decir, en los textos de 1870, 1928 y 1932 tiene un alcance distinto al del actual Título XXII. Como veremos seguidamente, en la doctrina, incluso en la actual, las referencias a la «tranquilidad pública» como fórmula identificada con el orden público, ha sido frecuente, es más, creo que su presencia expresa en la rúbrica del Título III del Código penal de 1822 ha contribuido a ello. En todo caso, GROIZARD ya afirmaba que todo ciudadano tenía derecho a la tranquilidad pública, a lo que añadía que la lesión de dicho derecho mediante la producción de «alarma» era la fuente de los delitos contra el orden público. Sin embargo, continúa, no se debe confundir la «alarma» que es propia de las conductas contra el «orden público» con los efectos que trae consigo cualquier delito. A lo que puntualiza que, como consecuencia de cada delito, hay dos «ma-

³⁵ POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, ob. cit., pp. 828, 830.

les que lamentar». Por un lado el «daño inmediato», es decir, el daño que el delito produjo directamente o que debió de producir atendiendo al fin que se proponía su autor al ejecutar la acción; y, por otro lado, el «daño mediato» que se suscita en el ánimo de todos por el temor y la inquietud natural de que semejantes hechos se puedan repetir; concluyendo que lo que caracteriza a los delitos contra el orden público es que «la alarma no constituye el daño mediato, sino el inmediato»³⁶.

A este mismo respecto, VIADA Y VILASECA también vincula el orden público con la idea de tranquilidad y, así, define al orden público como la «tranquilidad general, base fundamental de la estabilidad y progreso de las sociedades»³⁷. Caracterización de orden público que, como pone de relieve SANDOVAL CORONADO³⁸, tiene una notable aceptación en los comentaristas de los Códigos penales posteriores. Así, al abordar el estudio de los delitos contra el orden público en el Código penal de 1928 y en el de 1932, tanto JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, como CUELLO CALÓN señalan que estos delitos lesionan la «tranquilidad general». Sin embargo, a diferencia de GROIZARD (quien diferencia entre alarma inmediata y alarma mediata), ninguno de ellos profundiza en el alcance del orden público, sino que adoptan una fórmula genérica e imprecisa que se caracteriza por su carácter etéreo, que un sector de la doctrina penal española continúa asumiendo.

Con independencia de lo anterior, de que se agregara la fórmula «orden público» a los Códigos penales, es importante señalar la incorporación de la denominada «cláusula de orden público» en algunas de nuestra constituciones. Así, el art. 170 de la Constitución de 1812 dispone que: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior». Como señala MARTÍN RETORTILLO³⁹, la noción de «orden público se incorpora en el sistema jurídico para aludir a una competencia regia que permite la participación militar en la vida civil, lo que permite a las autoridades militares recurrir, como representantes de la Corona, a la implantación de los estados de «sitio» o de «guerra» para garantizar el orden público interior». Cláusula general que en términos similares se contiene en las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 y que, puesta en manos del poder ejecutivo, da lugar a una interpretación extensiva que permite atribuirle determinadas facultades para su utilización como instrumento político, todo ello sin perjuicio de que el Rey es quien man-

³⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870*, T. III, Burgos, 1870, p. 392.

³⁷ VIADA Y VILASECA, S., *El Código penal reformado de 1870*, T. II, 4.ª ed., Madrid, 1890, p. 182.

³⁸ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 150. Asimismo, GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., pp. 80 y ss.

³⁹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. «Notas para la historia de la noción de orden público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1986, núm. 36, pp. 29-31.

da los ejércitos que, sin dudarlos, utilizará durante todo el s. XIX para el mantenimiento de orden público⁴⁰.

El control militar del orden público, por otro lado, se formaliza mediante las denominadas Leyes de Orden Público. La primera de ellas es la de 23 de abril de 1870, donde establece en su art. 1: «Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la Ley de suspensión de garantías a que se refiere el art. 31 de la Constitución [la de 1869] y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes». Como dice MARTÍN RETORTILLO⁴¹, el orden público que se concebía en aquella época es el que se refiere «a revueltas, a asonadas, a motines, a levantamientos populares». Es un orden público de partidas y barricadas, por ello, de aplicación excepcional por quiebra grave del orden⁴².

La segunda Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933, adoptó como referencia el Anteproyecto de la Ley de Orden Público de Primo de Rivera donde se prevenían tres tipos de estado de excepción (prevención, alarma y guerra). Asume un concepto amplio de orden público al regular lo que se llaman «facultades gubernativas ordinarias», es decir, una serie de medidas que el Gobierno puede adoptar en cualquier momento, además de contener un listado de actos que se consideran contrarios al orden público. Así, gana en amplitud la cláusula de orden público que se instituye como una limitación que acompaña a las declaraciones de derechos y que consiste en la posibilidad de disfrutar de un derecho únicamente mientras no entre en conflicto con el orden público. Una muestra de comportamientos contrarios al orden público son los dispuestos en una cláusula abierta en el apartado sexto del art. 3 de la Ley, donde se consideran como tales: «Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores alteren materialmente la [paz pública]». Se trata de un «concepto en blanco» que corrobora que sólo es posible disfrutar de un derecho cuando no se atente contra el orden público, de manera que para asegurarlo se atribuyen distintas facultades a la autoridad gubernativa o judicial para limitarlos⁴³. Ley que, no olvidemos, fue aplicada durante los primeros años de franquismo con la (lógica) eliminación de las referencias normativas a las instituciones republicanas⁴⁴.

⁴⁰ IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, 1988, p. 7.

⁴¹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos civiles*, Madrid, 1975, p. 41

⁴² IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», ob. cit., p. 7.

⁴³ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos civiles*, ob. cit., pp. 19 y ss. Asimismo, Vid., IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», ob. cit., p. 8.

⁴⁴ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 165.

Por su parte, la tercera Ley de Orden Público, de 30 de junio de 1959, mantiene una estructura similar a la anterior, es decir, una ambigua definición de orden público, la previsión de una serie de conductas que le son contrarias, los órganos encargados de su control y, por lo tanto, de reprimirlas⁴⁵, las facultades de las que se puede hacer uso de forma ordinaria, así como la previsión de una serie de estados excepcionales. La conjunción de lo anterior es un concepto de orden público que se amplía de una forma desmesurada («[E]l normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público»), además de un elenco de comportamientos contrarios al orden público que se amplía con una generosidad inusitada y que se cierra con una cláusula abierta donde tiene encaje cualquier comportamiento: «[L]os que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social». En suma, parece que está fuera de cualquier duda que esa noción de orden público y las conductas que lo perturben o que atenten contra la «unidad espiritual, nacional, política y social de España», o la excitación al «incumplimiento de las normas relativas al orden público...» son una viva muestra de que la noción de orden público deviene en la base del orden general de la nación u orden constituido asociado al Nuevo Estado⁴⁶.

Esa concepción del orden público no era extraña, ni mucho menos, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a modo de ejemplo, en su Sentencia de 5 de abril de 1966, ya se pronunciaba asumiendo un concepto de orden público metajurídico, pues se refiere a principios no sólo jurídicos, sino también a los de otros órdenes: «[...] El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». Se trata de una concepción de orden público de carácter formal, donde se pretenden proteger una serie de fines, valores e intereses sociales de difusa definición. Ahora bien, sin desdeñar ese concepto formal de orden público, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es una referencia inequívoca para evidenciar el vínculo entre el orden público y el orden político establecido. Como

⁴⁵ Vid. Ley 154/1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público, órganos jurisdiccionales con competencia en todo el territorio nacional respecto de los demás Juzgados y Tribunales, para juzgar un amplio elenco de delitos que se recogían en su art. 3. En esta línea de consideraciones, me parece muy ilustrativo el párrafo cuarto de su Exposición de Motivos: «[I]a presente Ley organiza dentro de la jurisdicción ordinaria un Tribunal y Juzgado, a los que confiere competencia privativa para conocer de los delitos cometidos en todo el territorio nacional, singularizados por la tendencia en mayor o menor gravedad a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional».

⁴⁶ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 126.

pone de manifiesto BASTIDA, lo realmente protegido es el orden político, ya sea a través de la justificación jurídica de que el atentado ideológico o material pone en peligro las exigencias del orden público interior, ya al considerar que no toda alteración de la tranquilidad material hay que estimarla quebrantadora del orden público *lato sensu*, sino sólo aquellos actos que tienen como finalidad atentar contra el orden político establecido⁴⁷. En directa relación con lo anterior, el mismo autor evidencia la relación entre el orden público y la seguridad estatal. Así, tras analizar las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia, concluye que no hay diferencia entre el orden público y el orden estatal, es más, las alteraciones del orden público suponen el desequilibrio del orden estatal ya que la concepción jurisprudencial del orden es «totalitaria, omnicompreensiva, y, como queda dicho al examinar el Régimen, abarca desde la organización institucional del Estado hasta la situación política y económica de la sociedad». Una explicación que surge, continúa, a través de unos términos ya conocidos: «lo estable» y «lo establecido»⁴⁸.

En todo caso, avanzando en la aproximación a la noción de orden público, la primera cuestión a poner de relieve es que se trata de un concepto jurídico indeterminado que aparece en distintos sectores del ordenamiento jurídico⁴⁹, ya sea en los arts. 1.3, 12.3 y 1255 del Código Civil; en el Derecho procesal, donde el orden público opera como causa de denegación del reconocimiento de resoluciones judiciales y transacciones judiciales extranjeras y de la ejecución de documentos públicos extranjeros (arts. 46 y 56 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil); en Derecho administrativo, como un elemento clave en materia de Policía y Derecho sancionador; en el Título XXII del Código penal con una rúbrica de los «Delitos contra el orden público» y, además de ello, en la propia Constitución, donde se hacen dos referencias expresas al orden público en los arts. 16. 1 y 21.2, como límite al ejercicio de los derechos a la libertad religiosa y al derecho de reunión⁵⁰.

⁴⁷ BASTIDA FREJEDO F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, ob. cit., p. 131.

⁴⁸ BASTIDA FREJEDO F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, ob. cit., p. 134.

⁴⁹ Al respecto, *Vid.*, COLOMER BEA, D., «Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-18 (2017), p. 4; PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «El orden público como bien jurídico autónomo y legítimo», en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, (LUZÓN PEÑA, D.M., Director), Madrid, 2011, pp. 919 y ss.

⁵⁰ *Vid.*, L.O. 7/1980, de 5 de julio, Libertad Religiosa, art. 3.1, donde se introduce la expresión «moralidad pública» en el concepto de «orden público»: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

En el proceso de determinación conceptual del orden público se advierten dos conceptos antagónicos, por un lado una propuesta de carácter metajurídica y, por otro, una opción distinta de índole estrictamente jurídica⁵¹, ambas con destacados representantes en Alemania, Italia y Francia. En resumida síntesis, MAYER aseveraba que el particular no puede perturbar con su conducta el buen orden de la comunidad en la que vive, sino que tiene la obligación contraria. Se trata de una obligación natural, no impuesta por ninguna norma jurídica concreta. El problema, como advierte CARRO FERNÁNDEZ, consiste en determinar qué es ese «buen orden de la comunidad» y cómo determinar qué actuaciones son las perturbadoras de dicho orden. Criterio tradicional o metajurídico que es perceptible en la doctrina alemana actual, donde autores como FRIAUF definen al orden público como «el conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento, según las concepciones sociales y éticas dominantes, se considera como condición previa para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad» o DURIG, quien afirma que el orden público es un límite general inmanente de todas las libertades⁵².

En sentido contrario al anterior, desde una perspectiva jurídica, para RANELLETTI el «buen orden de la comunidad» sólo puede ser entendido como orden jurídico, es decir, establecido por el Derecho positivo. Como señala CARRO FERNÁNDEZ⁵³, lo que estaba diciendo era algo tan importante «como que el orden público es el orden que quiere el derecho, esto es, el orden regulado, tipificado, establecido por el Derecho positivo». En un sentido similar, GOTZ critica la concepción de orden público como un conjunto de valores éticos sociales considerados vinculantes, aunque sea por una amplia mayoría de la población, ya que no existe otra vía para convertir dichos valores en vinculantes que la vía parlamentaria. En suma, el orden público solo puede ser un orden positivo, establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga reflejo en normas jurídicas concretas.

Una vez esbozada mínimamente la perspectiva jurídica del orden público, nos encontramos ante un binomio que puede considerarse clásico: el orden público ideal y el orden público material⁵⁴. El orden público ideal es sinónimo de orden legal constituido, es decir, en palabras de FIANDACA y MUSCO, se trata de un conjunto de principios e instituciones fundamentales de cuya inmutabilidad y continuidad depende la supervivencia del ordenamiento o, en palabras de MOCCIA, el orden

⁵¹ Ampliamente *Vid.*, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990, pp. 4 y ss., <https://www.euskadi.eus/r61->; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 34 y ss.

⁵² CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», *ob. cit.*, p. 7.

⁵³ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., *ob. cit.* p. 4

⁵⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, *ob. cit.*, p. 37.

público ideal serían los principios de convivencia civil, mientras que el orden público material viene caracterizado por una convivencia inmune a la violencia o, como afirma DE VERO, el orden público material se caracteriza por una situación de pacífica convivencia social, resultante de dos componentes: objetivo, de orden exterior y, subjetivo, de sentimiento colectivo de seguridad⁵⁵. Se trata de un debate que sigue abierto en la doctrina italiana y que, en cierto modo, tiende a relativizarse, aunque las críticas que se le formulan a la noción de orden público ideal coinciden en buena medida con las hechas al enfoque metajurídico de orden público⁵⁶.

Ahora bien, llegados a este punto es imprescindible llamar la atención sobre lo propuesto por CORSO, quien aboga por un solo concepto de orden público desde un punto de vista constitucional. Así, afirma que «[E]l orden público viene tutelado en la acepción mínima de seguridad e integridad...o sea como orden público material, condición pacífica de una convivencia inmune a la violencia, no como orden público ideal, esto es, como conjunto de principios inderogables sustraídos al debate y a la posibilidad de modificación realizable sólo mediante una reforma de la Constitución»⁵⁷. Como pone de manifiesto TORRES FERNÁNDEZ⁵⁸, ambas conclusiones, concebir el orden público que define la Constitución en sentido material y limitar su incidencia únicamente para los supuestos en los que está previsto, supone que el orden público solo actúa como límite de aquellas libertades que implican una pluralidad de sujetos.

Una vez puesto de relieve lo anterior, parece que no es apresurado considerar que una buena parte de la doctrina española parte de un concepto restringido de orden público que busca el sentido que tiene en la Constitución, lo que le lleva a interpretarlo como un límite al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas (perspectiva jurídica); y, por otro lado, que esa función limitadora del orden público tiene como objeto evitar que el ejercicio de ciertos derechos afecte a la comunidad. Expresión que equivale a un «supuesto de hecho denominado orden exterior u orden en la calle (perspectiva material)»⁵⁹.

En efecto, la mayoría de la doctrina penal española asume un concepto material-restringido de orden público, que TORRES FERNÁNDEZ asegura que

⁵⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., ob. cit., p. 35.

⁵⁶ Vid., POLO SABAU, J.R., «Libertad de creencias y orden público en la Constitución española: claves de interpretación», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2012, núm. 16, pp. 96-98.

⁵⁷ CORSO, G., voz «Ordine pubblico (diritto pubblico)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XIX, Milán, 1980, p. 1061. Asimismo, vid., GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 132.

⁵⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., ob. cit., p. 37.

⁵⁹ SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 181; asimismo, vid., IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», ob. cit., pp. 10-11

es el único compatible con un Estado democrático de Derecho⁶⁰; no obstante, continúa, es inviable encontrar un bien jurídico común para todos los delitos que se agrupan bajo la rúbrica del Título XXII dado que congrega figuras delictivas muy dispares entre sí. A pesar de todo hay autores que, aún y siendo conscientes de la dificultad del empeño o incluso de su poca utilidad para configurar siquiera un bien jurídico categorial, aluden a la defensa «del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del principio de autoridad entendido en sentido democrático, del mantenimiento del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la convivencia social y, en definitiva, de la organización democrática del Estado»⁶¹. Por su parte, GARCÍA ALBERO⁶², asume una definición de orden público para cada uno de los Capítulos que integran el Título XXII, así, por ejemplo, en cuanto al delito de sedición considera que con la afección del bien jurídico protegido en el delito de sedición se comprometen la aplicación de las leyes o el ejercicio de funciones estatales, mientras que en el delito de desórdenes públicos se afecta al mantenimiento de la «paz y tranquilidad en las manifestaciones externas de convivencia colectiva».

En cambio, VIVES ANTÓN⁶³, diferencia entre «orden público» y «paz pública». Afirma que mientras que el orden público hace referencia al orden externo y material de convivencia ciudadana y representa el funcionamiento regular de esa convivencia, la paz no la requiere, pues lo que la delimita conceptualmente es la tranquilidad, el sosiego y la buena correspondencia de unos con otros, lo cual se opone a la guerra, a las riñas, a las disensiones, pero no al desorden, de tal manera que no toda alteración del orden público conlleva necesariamente la lesión de dicha paz. Por su parte, MUÑOZ CONDE admite que una concepción amplia del orden público podría abarcar prácticamente todos los delitos del Código penal, por lo que su valor sistemático es casi nulo; por ello propone otra concepción más restringida como objeto de tutela común para todos los delitos del Título XXII, que refiere a la «tranquilidad o paz en las manifestaciones

⁶⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., ob. cit., p. 63

⁶¹ JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016, p. 46. Igualmente, CUERDA ARNAU, M.L., *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, 2003, pp. 25-27. Asimismo, de la misma autora, «Ley, interpretación de la ley y efectividad de los derechos fundamentales», en *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, CUERDA ARNAU, M.L.-GARCÍA AMADO, J.A., Directores), Valencia, 2016, pp. 11 y ss.

⁶² GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Código penal*, T. III, 5.ª ed., Pamplona, 2008, p. 1038.

⁶³ VIVES ANTÓN, T.S., en *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 168. Vid., igualmente, CARBONELL MATEU, J.C.-VIVES ANTÓN, T.S., en *Comentarios al Código penal de 1995*, (VIVES ANTÓN, T.S., Coordinador), T. II, Valencia, 1996, p. 1953, donde afirman que los delitos de rebelión y sedición quebrantan inmediatamente el orden público y, además, algo más básico: la paz pública, esto es: «[El interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las leyes y a las autoridades legítimas y el interés en el mantenimiento de la paz pública; en otros términos, la organización democrática del Estado]».

colectivas de la vida cotidiana⁶⁴». En sentido similar, TORRES FERNÁNDEZ asevera que la «tranquilidad» sólo puede existir cuando se respetan las condiciones que hacen posible el libre ejercicio de los derechos fundamentales, puntualizando que el contenido del orden público es propio de una «situación de normalidad»⁶⁵. También GARCIA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO adoptando un concepto restrictivo de orden público, consideran que no es posible sostener a la luz de la rúbrica del Título XXII un concepto que lo identifique con la paz en las manifestaciones externas de convivencia colectiva ya que bajo la misma se ubican preceptos (como los de resistencia o desobediencia a la autoridad) que no alteran necesariamente la tranquilidad material. Por ello, proponen un concepto más amplio de orden público, lo cual, puntualizan, no significa retornar al concepto autoritario que alcanza a la idea de «sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal». Por el contrario, afirman que ya no se tutela en sí mismo el principio de autoridad, sino «el ejercicio de las funciones públicas que la autoridad tiene atribuidas por lo que ello permite pasar de una protección de los órganos a una protección de las funciones»⁶⁶.

Una vez llegados a este punto, conviene poner de relieve dos planos diferenciados que se desprenden de lo dicho hasta ahora. En primer lugar, la cuestionable necesidad de perfilar una rúbrica común para el Título XXII del Código penal atendiendo a su heterogeneidad, es decir, a los Capítulos tan dispares que se ubican bajo los «Delitos contra el orden público», que oscilan desde los delitos de sedición, a los de atentados contra la autoridad, tenencia y tráfico de armas, municiones o explosivos, o los delitos de terrorismo. Es cierto que se han hecho esfuerzos, pero incluso, como hemos visto, los mismos autores que los han propuesto han llegado a concluir que, por sí mismo, tiene muy poca utilidad llegando a cuestionar hasta su oportunidad desde un punto de vista categorial, por lo que nos encontramos ante propuestas puramente formales que precisan de la referencia a otros objetos para completar el sentido de los tipos y describir el contenido lesivo de cada delito en particular⁶⁷. Lo anterior lleva a TORRES FERNÁNDEZ a criticar con contundencia al legislador, y lo suscribo, puesto que, afirma, ha perdido la oportunidad de configurar una protección del orden público coherente con el marco de principios y valores constitucionales de un Estado democrático para, con ello, reubicar a algunos de esos delitos que se recogen en el Título al lugar sistemático que les correspondería en atención a su orientación teleológica, como podrían ser los delitos de terrorismo que, por su orientación a la destrucción del orden constitucional, sería más lógico que se situaran en-

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 20.^a ed., 2015, p. 749.

⁶⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., ob. cit., p. 82. Posición que asume expresamente SANDOVAL CORONADO, J.C., *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 189.

⁶⁶ GARCIA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 201.

⁶⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., ob. cit., p. 64.

tre los Delitos contra la Constitución, o los delitos de atentado, resistencia y desobediencia que, por coherencia y atendiendo a los sujetos pasivos de los mismos así como al objeto de tutela, parece que su ubicación debería de situarse entre los Delitos contra la Administración Pública⁶⁸.

Una cuestión distinta, que hemos esbozado en unos párrafos anteriores y en la que es imprescindible detenerse, es el concepto de orden público asumido por una buena parte de la doctrina y que, con más o menos matices, caracterizan como «tranquilidad pública», lo vinculan con la «paz pública», «tranquilidad material», «convivencia colectiva» o «manifestaciones colectivas de la vida cotidiana». Nótese como, sin ir más lejos, en el actual art. 557, delito de desórdenes públicos, uno de los elementos nucleares que describe el comportamiento típico previsto en el tipo es el de alteración de la «paz pública», ampliándose de esa forma la conducta incriminada en el precepto anterior a la reforma, ya que en él se exigía la presencia de un elemento subjetivo del injusto «con el fin de alterar la paz pública» que ahora no se requiere. Sea como fuere creo que no es aventurado considerar que se trata de fórmulas ambiguas e indeterminadas que, considero, no contribuyen a perfilar un concepto de orden público en clave constitucional, en particular porque adquiere una nueva dimensión con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, centrándose ahora, básicamente, en el respeto inexcusable a los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos (STC 43/1986, de 15 de abril).

Por otro lado, creo que la identificación del bien jurídico protegido con la «tranquilidad» o la «paz pública» parece trasladarnos a las tesis del funcionalismo sistémico de JAKOBS, donde el objeto de tutela del Derecho penal se identifica con la protección de las legítimas expectativas que todo ciudadano alberga acerca de que el resto de individuos que forman parte de la comunidad respetarán el ordenamiento jurídico positivo⁶⁹. La principal consecuencia, en lo que a nosotros interesa, de la teoría sistémica resulta de la singular concepción política que se deriva de sus postulados, en tanto que configura un sistema de relaciones entre individuo y Estado de corte cuasi hegeliano, en donde lo «individual» siempre debe hallarse subordinado a lo «colectivo», y en donde la voluntad del legislador, en tanto que representación de la máxima expresión de lo colectivo, no admitiría cuestionamiento alguno⁷⁰, con-

⁶⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *ibidem*.

⁶⁹ De entre las numerosas propuestas impregnadas por la desconfianza hacia la noción de bien jurídico surgidas durante las últimas décadas destaca la elaborada por JAKOBS, quien desde planteamientos funcionalistas de corte sistémico próximos a las tesis de Niklas LUHMANN, ha propuesto una reelaboración de las categorías dogmáticas —en donde en realidad el concepto de injusto se confunde con el de imputación—.

⁷⁰ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, México, 2005, p. 401: «Para un entendimiento de la argumentación más que nada es decisivo lo que con ella *no* se puede conseguir. Y esto que no se puede alcanzar es mover el símbolo de la validez del derecho. Ningún

virtiéndose, como ya ocurriera en tiempos pretéritos, en un valor en sí mismo. Tesis que en su versión más radical conduce a posiciones claramente autoritarias⁷¹.

Anclado en los postulados epistemológicos del funcionalismo sistémico, JAKOBS entiende que el delito debe ser concebido como hecho social que expresa comunicativamente la falta de vigencia de la norma, y que por ello supone una quiebra de las expectativas existentes sobre su cumplimiento, esto es, pone en riesgo el aseguramiento cognitivo de la colectividad, así como de los roles asignados al sujeto infractor. De ahí que la producción causal de un daño material a un bien jurídico resulte irrelevante para él, o, en todo caso, deba quedar relegada a un segundo plano. Por ello, precisamente, cabe afirmar que en el pensamiento de JAKOBS el delito se concibe no como lesión de bienes jurídicos sino como mera infracción de deber, habilitándose con ello al legislador para desarrollar cualesquiera actuaciones en tanto que su edificio

argumento tiene capacidad de cambiar el derecho vigente, como sí podría hacerlo, por ejemplo, una ley, un contrato, un testamento, una decisión jurídica tomada por el tribunal; ningún argumento es capaz de dar validez a nuevos derechos y obligaciones y con ello crear condiciones que, a su vez, pueden ser cambiadas. Este *no poder* sirve de descarga a la argumentación: la dispensa para que se constituya en otra clase de disciplina. Esta dependencia de la validez es, al mismo tiempo, condición para que la argumentación jurídica se restrinja al derecho filtrado por el sistema jurídico y que no resbale con los prejuicios morales u otros prejuicios». *Vid.*, ZAFFARONI, E.R. *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 349: «La versión más radicalizada del funcionalismo sistémico llega a extremos que no son compatibles con el estado de derecho, al menos en su traslado al sistema penal o en las consecuencias que extraen quienes lo hacen»

⁷¹ ZAFFARONI, E.R. *Derecho penal Parte General*, ob. cit., pp. 348 y 349: «La sociología sistémica tuvo un importante desarrollo europeo, particularmente en Alemania, por obra de Niklas LUHMANN: «[...] La primera diferencia notoria del concepto de sistema de LUHMANN respecto de PARSONS reside en que mientras para el último el sistema social es algo autónomo, cerrado en sí mismo y que convive con otros sistemas (sociedades), LUHMANN da una versión mucho más organicista: el sistema no está cerrado en sí mismo sino que se halla abierto y en permanente relación con el medio ambiente, de modo que no es estático sino dinámico, en constante tensión con el entorno extrasistémico y, por ende, éste no es controlable por el sistema. No obstante, frente al entorno el sistema reacciona (para mantener su propio equilibrio interno) apelando a estrategias de selección y reducción (reducción de la complejidad del entorno aumentando la del sistema). En esta tarea el único criterio de verdad es la eficacia en cuanto mantenimiento del equilibrio interno del sistema. Esto implica una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio que admite réplica. [...] el sistema va seleccionando sus propios límites, pero también armoniza las expectativas mediante una *simplificación* de las seleccionadas, con el establecimiento de normas generalizantes y con creciente separación de los roles *respecto de las concretas expectativas de los humanos*. En síntesis: *toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de los roles*. Surge aquí una clara manifestación de organicismo extremo: las conciencias —o sea, las selecciones individuales— deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. [...] En cuanto a los valores, LUHMANN los reduce casi al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a valores instrumentales, que es posible tomar o desechar, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea, para el sistema)».

teórico parte del reconocimiento de la legitimidad, en todo caso, de la injerencia punitiva⁷².

En mi opinión, ello conduce inexorablemente a enarbolar como emblema del sistema teórico del delito el principio de «seguridad» —expresión jurídica de las expectativas sociales— en detrimento de los conceptos de libertad y de autonomía de la voluntad, lo que si bien es cierto que desde un plano estrictamente abstracto puede resultar técnicamente válido, no lo es menos que implica un evidente déficit de legitimidad axiológica incompatible, según mi criterio, con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho. La teoría de JAKOBS, de forma absolutamente consciente, pretende, en definitiva, proteger el *status quo* imperante, anulando con ello cualquier posibilidad de evolución social desestabilizante para el sistema, infiriéndose por ello que, a pesar de su carácter pretendidamente científico y avalorativo, se trata de una tesis que se construye bajo una particular concepción ideológica⁷³.

Criterios que, considero, nos aproximan a una relación más estrecha de lo deseable en la identificación del orden público con la «tranquilidad» o con la «paz pública». Es cierto que el Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha empleado esas fórmulas o incluso las ha utilizado como conceptos afines que ha empleado indistintamente como sinónimos. Una muestra de ello, entre otras muchas, es la STC 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 3, donde afirma que: «Es cierto —hemos dicho ya— que el concepto de «paz pública» o de orden público puede comprender, en un sentido amplio, el de «tranquilidad pública» y que el principio de reserva de Ley no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados

⁷² JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Pamplona, 2003, pp. 59, 71 y 72: «La cuestión acerca del fin de la pena también puede plantearse en otro sentido distinto del que hasta ahora se ha discutido aquí: ¿para qué sirve todo el «aparato penal»? La respuesta probablemente más extendida en Alemania es: para la protección de bienes jurídicos. En la segunda parte de esta intervención se pretende analizar críticamente esta respuesta, y la conclusión obtenida en la parte anterior, de acuerdo con la cual la pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato. [...] El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma. [...] Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas».

⁷³ JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Pamplona, 2004, pp. 75 y 76: «Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad».

como el que nos ocupa en la tipificación de infracciones». Ahora bien, nótese que en este caso, como en otros muchos (SSTC 24/2015, de 16 de febrero, FJ 4; STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 4; 163/2006, de 22 de mayo, FJ 3) la «paz pública» se articula como límite al ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, creo que debe invertirse el objeto e interpretar el concepto de orden público en sentido positivo, que no puede considerarse como un límite implícito de los derechos fundamentales, sino que ese límite ha de venir expresamente previsto en el texto constitucional. Esto es, no me parece admisible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales atendiendo a un concepto tan polémico como el de «orden público constitucional», interpretándolo como un conjunto de valores implícitos en nuestro texto constitucional⁷⁴. Es más, como el propio Tribunal Constitucional ha dicho en repetidas ocasiones: «la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante», es decir, «un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» (entre otras, STC 31/2009, FJ 13)».

Como es bien sabido, en el texto constitucional el orden público actúa como límite al ejercicio de los derechos únicamente en dos ocasiones. El primero de ellos es el art. 16.1 CE, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, donde la única limitación que se le impone es «la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Asimismo, el art. 21.2 CE, establece que el derecho de reunión solo podrá prohibirse «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». Por lo tanto, como sostiene CARRO FERNÁNDEZ, no puede adjudicarse al concepto de «orden público» un carácter metajurídico sino que, continúa, existe en el propio texto constitucional un orden público definido y delimitado por las leyes. Así es, la expresión utilizada en el art. 21. 2 CE «alteración del orden público, con peligro para personas o bienes», es un mecanismo de carácter preventivo con motivo de la celebración de reuniones o manifestaciones que debe vincularse a razones de peligro objetivo para personas o bienes y no, desde luego, a criterios subjetivos o puramente valorativos, esto es, el contenido del orden público se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de

⁷⁴ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», ob. cit., p. 11. Ampliamente, *Vid.*, DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002, pp. 439 y ss.

los derechos de los demás⁷⁵. Criterio que parece asumir el Tribunal Constitucional en el FJ 4 de su Sentencia 193/2011, de 12 de diciembre, donde refiere que la prohibición o la restricción del derecho de manifestación requiere una alteración del «orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes o suponga un sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles». Esto es así porque, como también se ha dicho: «en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación» (entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 9; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2). A lo que puntualiza el propio Tribunal un poco más adelante que la alteración del orden público «entendido como desorden material», puede justificar la imposición de límites al ejercicio del derecho.

En todo caso, lo que me parece inasumible es la delimitación del concepto de orden público partiendo de criterios como los que he que referido con anterioridad, esto es, los del «mantenimiento de la tranquilidad ciudadana», «tranquilidad pública», «paz pública», «tranquilidad material», «convivencia colectiva» o «manifestaciones colectivas de la vida cotidiana». En este sentido, de acuerdo con ÁLVAREZ GARCÍA, se ha de superar un concepto de orden público que lo identifique como «tranquilidad en la calle⁷⁶». En efecto, el citado autor propone un concepto de orden público en sentido positivo, esto es, descarta un concepto material de orden público y propone sustituirlo por otro que se refiera a la «participación plena de los ciudadanos en la vida pública». El ejercicio público de derechos constitucionales, como los de reunión o manifestación no pueden entenderse, *a priori*, como una situación en la que el orden público resulte comprometido, sino como su plena realización, formando parte de su propio contenido. En este sentido no puede obviarse el FJ 1 de la STC 19/1985, de 13 de febrero, donde se afirma que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un concepto esencial del orden público», por ello, continúa ÁLVAREZ GARCÍA⁷⁷, las protestas, reuniones, manifestaciones públicas han de ser entendidas no como presupuestos de la alteración del orden público, sino como expresión de participación ciudadana en la reafirmación o confirmación del «orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado

⁷⁵ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», ob. cit., p. 13

⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «La nueva reforma penal», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, 2014, p. 29, quien citando a MARTÍN RETORTILLO enfatiza en la necesidad superar la «trivialización» del concepto de orden público. Igualmente, *Vid.*, MARTÍN RETORTILLO, L., «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa» en *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 298, donde afirma que el orden público es una «expresión odiosa que hubiera sido muy conveniente haber superado». *Vid.*, igualmente, particularmente crítico con la denominación de la rúbrica del T. XXII, POLAINO NAVARRETE, M., en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, T. II, pp. 827-828.

⁷⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., ob. cit., p. 30.

o reprimido sino alentado». Es más, continúa, los tipos penales no han de configurarse partiendo del presupuesto de que son los derechos de reunión o de manifestación los que deben ceder ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos, sino que han de adecuarse esos derechos pretendidamente afectados a una situación de conflicto. Por ello, el ejercicio del derecho de reunión o de manifestación sólo puede condicionarse cuando existan fundadas razones de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes; en todo caso, el concepto de orden público ha de construirse integrado con el ejercicio de derechos constitucionales. En suma, un concepto de orden público que atienda a conceptos tan flexibles, subjetivos y ambiguos como «tranquilidad en la calle» no puede actuar de otra manera que no sea un mecanismo cercenador del ejercicio de derechos y libertades⁷⁸.

A mi juicio, en términos similares aunque partiendo de una construcción negativa o limitadora del concepto orden público, es la reciente propuesta que realiza JUANATEY DORADO⁷⁹, quien, tras rechazar que las tesis mayoritarias supongan una «trivialización» del concepto, asume la fórmula de «tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas o el mantenimiento del orden en la calle»; así, considera que las conductas que afectan a derechos de forma desproporcionada «en la medida en que no haya otros derechos en juego que justifiquen esa alteración podremos hablar de una alteración del orden público». Sin embargo, considero que el punto de partida es distinto, ya que una opción es asumir el presupuesto de la participación plena de los ciudadanos en la vida pública y otra distinta es condicionar esa participación a una pretendida tranquilidad pública que deviene alterada por el ejercicio de un derecho fundamental que en su propuesta aparece como un elemento, permítaseme insistir, limitador del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Una vez llegados a este punto es el momento de abordar en particular el bien jurídico protegido en el delito de sedición y para ello no es ocioso volver a referirse no sólo a que se ubica en el Título XXII del Código penal, bajo la rúbrica de los «Delitos contra el orden público», sino que la caracterización del orden público que realiza la mayoría de la doctrina, identificándolo con conceptos tan ambiguos como «paz pública», «tranquilidad pública» o «convivencia colectiva», entre tantas otras fórmulas etéreas, no aporta ningún criterio que permitan delimitar el objeto de tutela ya no sólo porque se trata de conceptos subjetivos y especulativos sino porque la inseguridad jurídica que se desprende de ellos es incuestionable. Por el contrario, hemos asumido un concepto de orden público en sentido positivo relacionado directamente con el ejercicio de derechos

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», ob. cit., p. 47.

fundamentales. Es decir, el desvalor del injusto de esas protestas o manifestaciones ciudadanas que pretendidamente puedan alterar el orden público no pueden delimitarse a partir de la perturbación de la tranquilidad pública, sino que el concepto de orden público ha de construirse desde el ejercicio de los derechos constitucionales y no puede ceder frente a pretendidas afecciones de la paz pública, sino que debe garantizarse el ejercicio del derecho a la libertad que únicamente puede ceder cuando existan razones fundadas de alteración del orden público pero, como muy bien señala el art. 21.2 CE, con peligro para personas o para bienes, es decir, de un orden público democrático que es, a todas luces, incompatible con la negación del ejercicio de derechos fundamentales y más aún con la tutela penal del entorpecimiento del ejercicio de la autoridad.

Por ello, no me parecen convincentes las afirmaciones que identifican el objeto de tutela en el delito de sedición con fórmulas como la negación del «ejercicio de la autoridad» o como la «tranquilidad o paz en la manifestaciones colectivas de la vida ciudadana» o en la simple «tutela del ejercicio de la función pública». Lo indubitado es que en el delito de sedición lo que se protege es la aplicabilidad de las leyes y los acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales por parte de los legítimos titulares de la función pública, esto es, el normal desarrollo de determinadas funciones o servicios públicos⁸⁰, lo que se tutela, en suma, es el ejercicio democrático de la autoridad del Estado⁸¹.

Una vez dicho lo anterior, cabe preguntarse si es admisible sostener desde esos parámetros relativos a la perturbación de la tranquilidad, de la paz pública o del cuestionamiento del ejercicio de la autoridad, si incurren en un delito de sedición los miembros de una Plataforma anti desahucios que pretenden evitar («por la fuerza o fuera de las vías legales»)⁸² que la correspondiente comisión judicial ejecute el desalojo de un vecino por impago de su alquiler (situación de candente actualidad en estos momentos y de la que, en un caso similar, se ocupó el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 10 de octubre de 1980, llegando a considerar la circunstancia atenuante de «móvil altruista» para los procesados, además de calificar el delito de sedición en grado de tentativa⁸³); o si incurren en ese mismo delito un gru-

⁸⁰ COLOMER BEA, D., «Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis)», en *Diario La Ley*, núm. 9145, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2018, p. 3.

⁸¹ GARCÍA RIVAS, N., en *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 1060

⁸² *Vid.*, L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyo art. 36.4 califica como infracción grave: «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».

⁸³ Me parece digno de comentario el hecho de que el Tribunal Supremo no casa la Sentencia de la Audiencia con respecto a la calificación de los hechos que ésta realiza: delito de sedición en grado de tentativa cuando, a pesar de ello, en el apartado «g» del

po de vecinos que causa graves daños en el Ayuntamiento de su localidad, produciéndose un «incendio de considerables dimensiones que afectó y destruyó el mobiliario y enseres del Salón de sesiones y de las dependencias destinadas a despacho de Alcaldía y Secretaría», acusándose a los procesados por un delito de sedición, entre otros, a quienes se acaba condenando por un delito de desórdenes (STS 11 de marzo de 1994); o los hechos que se dirimen en la STS de 3 de julio de 1991, donde como consecuencia de un trasvase de aguas al que se oponen unos vecinos a los que se les atribuye un delito de sedición, resultan posteriormente condenados por un delito de coacciones «concurriendo la agravante de auxilio de gente armada», dado que no aparecen en el procesado y acompañantes «ninguno de los mencionados fines de carácter político o social, sino, simplemente, totalmente privados». Escenarios en los que, quizá, pudieron darse las aludidas situaciones «perturbadoras» pero que los Tribunales acabaron descartando como constitutivas de un delito de sedición. Como ponen de manifiesto QUINTERO OLIVARES y JARÍA MANZANO, una lectura apresurada de la descripción típica del delito de sedición «permitiría encajar en el tipo toda clase de acciones de protesta que, luego, de una reflexión más ponderada, se comprende que no pueden merecer la calificación de sedición y las duras penas que acarrea»⁸⁴. Ese es el motivo por el que la jurisprudencia, como acabamos de ver en las resoluciones mencionadas, para evitar las graves penas que acarrea este delito, ha permitido oponer hasta ahora a los fines políticos, los fines humanitarios o sociales. No obstante, esa tendencia jurisprudencial, a la vista de las últimas resoluciones sobre la materia, parece que ha cambiado de tendencia al, a mi juicio, venir presididas por un pretendido carácter «ejemplarizante».

En definitiva, no cualquier alteración del orden público es susceptible de afectar el objeto de tutela en el delito de sedición, sino que la política penal del orden público y, en este caso, del delito de sedición, ha de venir presidida por la defensa del idóneo funcionamiento y las reglas del Estado de Derecho. Es más, en nuestro marco constitucional no puede resultar prevalente la negación de derechos fundamentales y principios garantizadores que constituyen la esencia de ese modelo de Estado⁸⁵, todo ello a favor de una pretendida «tranquilidad social» que pudiera verse perturbada en el ejercicio de funciones estatales o por la aplicación de las leyes.

primer considerando afirma lo siguiente: «g) toda la doctrina está de acuerdo en que, en este delito, no cabe tentativa —ejecución parcial— ni frustración —ejecución total sin resultado—, lo que es plausible, pues el legislador criminaliza y reputa perfecto al mero alzamiento, sin que sea preciso, para la consumación del delito, la obtención de los fines apetecidos, con lo cual, los comportamientos de preparación, no constituyen conato, y los de iniciación del «*iter criminis*» propiamente dicho, ya pertenecen a la esfera de lo consumado»

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G.-JARÍA I MANZANO, J., «La protección penal del orden constitucional», en *Derecho penal y Constitución*, Valencia, 2015, p. 576.

⁸⁵ TERRADILLOS BASOCO, J., en *Enciclopedia penal básica* (LUZÓN PEÑA, D.M., Director), Granada, 2002, p. 1146.

5. El comportamiento típico: El alzamiento violento y público en la rebelión y el alzamiento público y tumultuario en la sedición

5.1. Rebelión: el alzamiento violento y público

Uno de los problemas interpretativos más importantes del delito de rebelión es qué debe de entenderse por *alzamiento público y violento*. En general, la doctrina es prácticamente unánime al señalar que por *alzarse* hay que entender «rebelarse», «sublevarse» o «levantarse públicamente». Se añade a lo anterior que el Código de 1995 introdujo un nuevo requisito al alzamiento, cual es el carácter violento de la rebelión, dado que en el debate parlamentario determinados sectores exigían su inclusión ya que, entendían, podrían tipificarse como tales actos como la declaración de independencia de una parte del territorio nacional (previsto en el apartado 5.^o), y con ello la criminalización de personas o de grupos que promueven tal objetivo de forma democrática⁸⁶.

Sin embargo, a esa caracterización de la rebelión como alzamiento o como sublevación, se le atribuyen acto seguido otras connotaciones que no comparto. Así, MUÑOZ CONDE, sostiene que «alzarse equivale a levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso al Poder legítimamente constituido»⁸⁷. TAMARIT, por su parte, interpreta el concepto de violencia de modo extensivo de manera que entiende que no sólo incluye la vis física directa contra las personas, sino que sostiene que integra también actos concluyentes de intimidación a los poderes legalmente constituidos con la amenaza de usar la fuerza para conseguir sus fines. Alegando este último autor en apoyo de su tesis que «no resulta satisfactorio exagerar los riesgos de una desprotección del bien jurídico inherentes a una excesiva restricción típica»⁸⁸.

Seguramente tales hipótesis interpretativas, que por otro lado puede que sean las mayoritarias en nuestra doctrina y recogidas, asimismo,

⁸⁶ LÓPEZ GARRIDO, D-GARCIA ARÁN, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, ob. cit., p. 195, donde recoge una parte del debate parlamentario suscitado y la inclusión del elemento de «violencia» en el tipo como consecuencia de una enmienda transaccional propuesta por LÓPEZ GARRIDO en la Comisión. Asimismo, *vid.*, GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Compendio de Derecho penal español. Parte especial* (COBO DEL ROSAL, M., Director), Madrid, 2000, p. 908; TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 1934.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 764.

⁸⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, ob. cit., p. 1935. En el mismo sentido, CUGAT MAURI, M., «La violencia como elemento del delito de rebelión», ob. cit., p. 573; GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, ob. cit., p. 908.

por la Jurisprudencia⁸⁹, a mí entender no dejan de estar impregnadas de la antigua concepción del delito de rebelión como un delito contra el orden público. Creo que dar cabida en el concepto de alzamiento a la desobediencia o a la resistencia colectiva contra el Poder legítimamente constituido o, por otro lado, sostener que la violencia implica también intimidación o amenaza del uso de la fuerza no me parece, tampoco, acertado. Ya no sólo, en este último caso, porque parece dotarse de carta de naturaleza a un denostado y criticado concepto de violencia del delito de coacciones, sino porque tal interpretación supone dotar al concepto de violencia de un contenido material del que no dispone, con lo que se incurre en una interpretación contraria al principio de legalidad. Si el legislador hubiera querido referirse a la intimidación lo hubiera hecho, como así sucede en otros lugares del Código (arts. 489, 503 y 504), y no me parece razonable argumentar que de lo que se trata es de darle coherencia al articulado del texto punitivo.

Igualmente, tampoco puedo compartir la alusión a la desobediencia o a la resistencia colectiva al Poder legítimamente constituido como comportamientos integrantes de la conducta rebelde. Y ello por dos motivos distintos. En primer lugar, porque los fines de la rebelión previstos en el artículo 472 implican en todos los casos una conducta activa de los rebeldes que no se compadece con el concepto de desobediencia. Así, derogar, suspender o modificar la Constitución, o destituir o despojar de sus prerrogativas al Rey, o impedir la libre celebración de elecciones, o disolver las Cortes Generales, o sustituir por otro el Gobierno de la Nación, o sustraer fuerza armada a la obediencia del Gobierno, son comportamientos que implican un comportamiento activo y no el incumplimiento de una orden o de un mandato característico de la desobediencia. Y otro tanto cabe añadir con respecto a la resistencia. Como es sabido, ésta se caracteriza por la oposición resuelta y eficaz a aquello que la autoridad considera que es necesario para el desempeño de sus funciones. Implica, a su vez, una oposición firme y contumaz al ejercicio de ese Poder legítimo e incluso puede estar integrada por la falta de colaboración que impida o dificulte las funciones del primero. ¿Constituye esa conducta de oposición firme y contumaz al Poder legítimo un delito de rebelión? Es más, desde un estricto punto de vista de afección al bien jurídico cabe preguntarse si esas conductas calificadas como un delito de rebelión (caracterizadas por la desobediencia, por la resistencia colectiva o por la amenaza de usar la fuerza para conseguir determinados fines) disponen

⁸⁹ *Vid.*, Auto del TSJ País Vasco (Sala Civil y Penal, Sección 1.ª), núm. 11/2005, de 1 de marzo, donde en el Razonamiento Jurídico Primero afirma que: «Debiendo catalogarse el alzamiento como violento, según generalizada opinión, cuando vaya acompañado del ejercicio de la fuerza física, o, cuando el empleo de ésta, de resultar necesario de cara a la consecución de alguno o algunos de los fines indicados en la norma penal, constituya una seria y fundada amenaza, por estar dispuestos los alzados a conseguir aquéllos a todo trance, recurriendo inclusive, de así resultar preciso, a la utilización o al uso de la misma».

de la entidad lesiva necesaria para evidenciar la antijuridicidad material de este delito.

Tales interpretaciones que, como decía, puede que sean las mayoritarias, me parecen condicionadas por la doctrina tradicional (entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA) y la «abierta hostilidad» que se predicaba con anterioridad a la actitud de los rebeldes: «la amenaza de usar la misma (la fuerza física) caso de no acceder a las pretensiones de los alzados, actitud que, diferenciando la rebelión de la simple manifestación, evidencia el propósito de conseguir a todo trance los fines perseguidos por los rebeldes»⁹⁰.

Creo, sin embargo, que una de las características esenciales del delito de rebelión es que *el alzamiento debe de ser armado*⁹¹. No obstante, no se piense que es una hipótesis interpretativa novedosa. Como señala GARCÍA RIVAS⁹², se trata de una exigencia que ya se encuentra en los comentaristas de los primeros Códigos españoles: «la rebelión es un delito colectivo que se hace en público, que se sostiene con las armas... Una reunión de amotinados tumultuarios no son rebeldes. En cambio, un regimiento que toma las armas, una plaza fuerte que se subleva, sí lo son»⁹³.

Es verdad, no lo desconozco, que existen argumentos en sentido contrario que cuestionan que, efectivamente, el delito de rebelión se caracterice por un *alzamiento armado*. Muestra de ello es la modalidad agravada prevista en el apartado 2.º del artículo 473, donde el tipo se refiere a los supuestos en los que se han esgrimido armas o, bien, hubiere habido combate entre las fuerzas rebeldes y los sectores leales a la autoridad. Luego, si existe un tipo agravado cuando se han esgrimido armas o han existido combates, y el tipo básico no se refiere a ello, podría entenderse, en sentido contrario, que la rebelión no precisa de un *alzamiento armado*.

Creo, no obstante, compartiendo plenamente lo sostenido en su momento por GARCÍA RIVAS⁹⁴, que existen argumentos que abonan la interpretación de que, en el delito de rebelión, el alzamiento debe de

⁹⁰ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., en *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*. T. III, ob. cit. p. 4407.

⁹¹ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *La violencia en el Derecho penal*, Barcelona, 1999, p. 121.

⁹² Vid., GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión en Derecho penal*, ob. cit., p. 179.

⁹³ PACHECO, J.F., *El Código penal concordado y comentado* (Estudio preliminar y anotaciones de TÉLLEZ AGUILERA, A.), ob. cit., p. 651, número marginal 9.

⁹⁴ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 182. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN, T.S.-CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia, 2010, Lección XLI, «Delitos contra la Constitución», CD, p. 2, donde refiriéndose al párrafo segundo del art. 473 afirman: «No basta con que los alzados porten armas para desencadenar la aplicación de esta agravante, sino que es necesario que las esgriman». Asimismo, CUERDA ARNAU, M.L., en *Derecho penal. Parte Especial*, (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coordinador), 5.ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Valencia, 2016, p. 706.

ser armado. Así, y de nuevo atendiendo al tipo agravado del 473.2.º, obsérvese que el comportamiento típico reviste (aparentemente) dos modalidades distintas: el esgrimir armas y la existencia de combate. Desde luego, si se entendiera que el esgrimir se identifica con *portar* (las armas), resulta que el hecho de portar armas implica el mismo desvalor que el utilizarlas para el combate. Conclusión, a todas luces, ilógica y absurda, en tanto que la gravedad de la conducta que supone la utilización de las armas para el combate no es la misma que el hecho de portarlas sin que se empleen. ¿Qué afección cabe atribuir al vocablo *esgrimir*? Si atendemos al significado gramatical del término, resulta que *esgrimir* supone «usar una cosa o medio como arma para lograr algún intento»⁹⁵. Luego, ese *esgrimir* supone una utilización (de las armas) y, necesariamente, la existencia de dos contendientes. Por lo tanto, el tipo agravado se fundamenta no en el porte de armas, que ya se contempla en el tipo básico (el alzamiento en el delito de rebelión es, siempre, armado), sino por la utilización material de las armas en combate contra quienes en nombre del Poder legítimamente constituido pretenden impedir el alzamiento. El problema es que el legislador ha incurrido en una tautología al utilizar dos términos con el mismo significado.

En segundo lugar, otro factor determinante para reafirmar que el delito de rebelión implica, necesariamente, un *alzamiento armado*, se desprende del tipo atenuado previsto en el apartado segundo del artículo 480 (a semejanza de lo contemplado en el anterior artículo 226)⁹⁶, en el que se prevé aplicar la pena inferior en grado a los rebeldes *que depusieren las armas antes de haber hecho uso de ellas*. Previsión que corrobora la tesis sostenida con anterioridad, en relación a que el alzamiento rebelde es siempre armado. Otra cosa distinta es que se utilicen las armas; supuesto para el que en ese caso está prevista la agravante recogida en el artículo 473.2 del Código penal.

En suma, la interpretación que se propone con respecto los elementos típicos del delito de rebelión y, en cualquier caso, a cómo se debe de producir el *alzamiento* supone romper el vínculo con su interpretación tradicional y con ello el rechazo a la asunción de un concepto extensivo de violencia, o las referencias a la desobediencia, a la resistencia o, en cualquier caso, al *animus hostilis* de los rebeldes. No creo, además, que se pueda predicar que ello supone desnaturalizar el tipo ni, tampoco, una excesiva restricción típica. Al contrario, implica, atendiendo al más estricto principio de legalidad (además de a una interpretación histórica, gramatical y sistemática del precepto), impedir una interpretación laxa para aquéllos que entienden que no suscribir determinadas tesis que propugnan supone la afección del sistema constitucional y, menos

⁹⁵ Vid., *Diccionario de la R.A.E.*, T. I, 21.ª ed, 1992, p. 623.

⁹⁶ CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, T. III, ob. cit., p. 471

aún, cuando lo que se defiende es, en todo caso, mediante vías pacíficas. Podría entonces sostenerse que, en su caso, concurren otros comportamientos típicos pero no un delito de rebelión.

5.2. *Sedición: el alzamiento público y tumultuario*

En relación al alzamiento público, resulta que si atendemos a un análisis gramatical del término «alzamiento» parece que el Tribunal Supremo los interpreta de forma similar en la rebelión y en la sedición.

La ya tantas veces citada STS 10 de octubre de 1980, caracteriza al alzamiento como un «levantamiento, sublevación o insurrección...», particularidades que son absolutamente idénticas al alzamiento rebelde⁹⁷. No obstante, el criterio adoptado por la mayoría de la doctrina para deslindar el alzamiento rebelde del sedicioso es su carácter, esto es, en la rebelión el alzamiento es violento y público, mientras que en la sedición el alzamiento es público y tumultuario. Nota común es que en ambas modalidades típicas el alzamiento es público, aunque en la sedición reviste también el carácter de tumultuario. A lo anterior cabe añadir que la conducta típica en el delito de sedición se caracteriza por tratar de impedir «por la fuerza o fuera de las vías legales...». Esto es, de modo violento, «violencia, bien absoluta, bien compulsiva y tanto recayente sobre las personas como sobre las cosas» o «de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la Ley arbitre o prescriba». Así, parece que el legislador equipara en el delito de sedición el comportamiento violento con el que se lleva a cabo fuera de las vías legales, es decir, de su tenor literal se desprende que el legislador atribuye el mismo desvalor a dos comportamientos que vienen presididos por formas distintas: una sedición pacífica (fuera de las vías legales) con una sedición violenta (por la fuerza)⁹⁸.

A este respecto, al margen de que el precepto diferencie entre el uso de la «fuerza» o «fuera de las vías legales»⁹⁹, un sector de la doctrina considera que el alzamiento en la sedición es siempre violento¹⁰⁰, por lo que carecería de relevancia penal la pacífica oposición colectiva a la ejecución de leyes o al ejercicio de las leyes, incluso cuando estuviera fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación que la ley arbitre¹⁰¹. El elemento determinante de tal propuesta es la

⁹⁷ SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión...*, ob. cit., p. 304.

⁹⁸ TERRADILLOS BASOCO, J., voz «Sedición», en *Enciclopedia penal básica*, ob. cit., p. 1146.

⁹⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *La violencia en el Derecho penal*, ob. cit., p. 122.

¹⁰⁰ GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Código Penal*, T. III, ob. cit., pp. 1039-1040.

¹⁰¹ BAUCCELLS LLADOS, J., en *Comentarios al Código penal*, (CÓRDOBA RODA-GARCIA ARÁN, Directores), T. II, ob. cit., p. 2511.

formulada en su día por QUINTANO RIPOLLÉS¹⁰², para quien el adverbio tumultuariamente debía interpretarse en el sentido de «abierta hostilidad», de manera que sólo resulte constitutivo del delito de sedición el alzamiento público llevado a cabo con violencia o, al menos, con intimidación, es decir con la amenaza de llevar a cabo actos de violencia. Por lo tanto, para la «abierta hostilidad» particularidad del levantamiento tumultuario, será irrelevante el carácter «gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado» (STS 10 octubre 1980). QUINTANO RIPOLLÉS considera que el adverbio «tumultuariamente» incluye tanto la violencia en sentido estricto como la intimidación, por ello el alzamiento por la fuerza sería aquél en el que se emplea violencia física, mientras que el alzamiento fuera de las vías legales sería aquél que se realiza mediante intimidación¹⁰³, sin que ello signifique que el alzamiento sólo puede realizarse cuando esté desprovisto de un plan de ejecución. Es más, el alzamiento de la sedición no significa que éste carezca de organización. Así, en la Sentencia de 10 de octubre de 1980 la propia Sala considera que nada impediría «que de ser organizado y ordenado también se aplicara el precepto analizado». Criterio que es el de la Sentencia de 11 de marzo de 1994, donde se afirma: «si no existió entre los acusados una organización ni concierto previo relativo a las acciones a desarrollar en el Pleno Municipal... entonces los hechos juzgados no podrían entenderse como una sedición, que requiere una organización, planificación y designio de producir el alzamiento público contra la autoridad...».

Llegados a este punto me parece necesario puntualizar dos cuestiones: la primera de ellas es que la ausencia de «violencia» en la descripción típica del delito de sedición no significa que ésta queda extramuros del ilícito sino todo lo contrario, ya que difícilmente pueden conseguirse los fines sediciosos sin recurrir a los medios violentos y, en segundo lugar, el hecho de que el carácter del alzamiento «tumultuario» sólo se recoja en el comportamiento típico sedicioso, no puede interpretarse como que la sedición carezca de planificación o de organización¹⁰⁴.

¹⁰² QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 556.

¹⁰³ COLOMER BEA, D., «Sedición y desórdenes públicos. Una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis)», ob. cit., pp. 4-5.

¹⁰⁴ SANDOVAL CORONADO, El delito de rebelión..., ob. cit., p. 306. Igualmente, LÓPEZ GARRIDO, D.-GARCIA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, ob. cit., p. 202.

6. Los elementos de confusión y los fines pretendidos en la rebelión y la sedición: otra de las claves de su diferenciación

Como se ha puesto de manifiesto, el objeto de tutela en los delitos de rebelión y sedición es distinto, además de que el ámbito material de la descripción típica es sustancialmente diferente, a ello cabe añadir un tercer elemento que es determinante para un análisis diferenciado de ambos delitos: la finalidad perseguida en el delito de rebelión y la pretendida en el delito de sedición.

Al inicio de este trabajo traía a colación una contundente afirmación de GARCÍA RIVAS en relación al emparejamiento que, todavía hoy, algunos autores realizaban entre los delitos de rebelión y de sedición. Las razones de ese tratamiento tan próximo se deben a distintas razones. En primer lugar, hemos visto al analizar la evolución de la tipificación en los distintos Códigos penales de nuestro país que, de forma recurrente, ambos delitos se agrupaban en el texto punitivo bajo el mismo Título aunque bajo rúbricas diferentes, si bien era habitual que existiera un Capítulo de Disposiciones Comunes extensivo a los dos ilícitos. Criterio que adoptó el legislador ya en el Código penal de 1822 y que ha seguido presente hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal.

En segundo lugar, la tipificación del delito de sedición continúa siendo tributaria del delito de rebelión. Técnica legislativa incomprensible y abiertamente desafortunada al tener ambos delitos objetos y comportamientos típicos distintos. Sin embargo, el legislador continúa describiendo el delito de sedición por exclusión. Así, el art. 544 del Código penal previene: «Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión,...». A ello cabe añadir que el art. 546 dispone un reenvío normativo expreso al art. 474 del Código penal de manera que: «Lo dispuesto en el artículo 474 es aplicable al caso de sedición cuando ésta no ha llegado a organizarse con jefes conocidos».

En tercer lugar, como nuevo motivo de confusión resulta que ambos preceptos establecen comportamientos típicos que vienen presididos por fórmulas similares. Así, el núcleo de la descripción típica en el delito de rebelión, art. 472, se configura por «[l]os que se alzaren violenta y públicamente...». Por su parte, en el delito de sedición, art. 544 se caracteriza por quienes «[s]e alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales...»

En cuarto lugar, la Jurisprudencia, debido a la tipificación anterior y a su ubicación sistemática bajo la misma rúbrica en el Código penal, contribuyó a establecer una estrecha relación entre ambos delitos. A lo largo de este trabajo he citado reiteradamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980 que aparece invariablemente como punto de referencia para la mayoría de autores que han estudiado estos

delitos y que, más allá de referirse al delito de sedición como una «rebelión en pequeño», establece los elementos que configuran el comportamiento típico de la sedición. Así, en el Considerando Primero se afirma:

«a) que se requiere un alzamiento, esto es, un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra el orden jurídico establecido, contra el normal funcionamiento de determinadas instituciones o contra autoridades, funcionarios, corporaciones públicas, clases del Estado, particulares o clases de personas; b) que ese alzamiento, ha de ser público, esto es, abierto, exteriorizado, perceptible, y patente y manifiesto y tumultuario, lo que equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado; c) que el mentado alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados, por la fuerza, esto es, de modo violento —violencia, bien absoluta, bien compulsiva y tanto recayente sobre las personas como sobre las cosas—, o fuerza (sic) de las vías legales, es decir, de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la Ley arbitre o prescriba; d) en cuanto al sujeto activo, el número de personas que ha de participar, ha de ser necesariamente plural, pues de otra suerte se confundiría frecuentemente la infracción estudiada con el atentado, la resistencia o la desobediencia... f) la finalidad política o social no siempre se exige explícitamente —véanse núm. 1.º, 2.º y 3.º del art. 218 que no la requieren, y los números 4.º y 5.º del citado precepto que sí la exigen—...»

En efecto, en el Considerando se infieren algunas de las características que el Tribunal Supremo particularizaba para el delito de sedición así como los requisitos que debía reunir ese alzamiento público y tumultuario, además de las particularidades exigibles a la «fuerza» o cómo debía interpretarse el alzamiento llevado a cabo fuera de las vías legales. Sin embargo, lo que me interesa en particular en este momento son dos características que el Tribunal evidencia y que determinan otra de las claves de diferenciación entre los delitos de rebelión y los de sedición como consecuencia de la nueva redacción del Código penal de 1995. Me refiero a lo afirmado en el apartado «c) [de la Sentencia]: que el mentado alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados...»; así como a lo contemplado en el apartado «f», donde se afirma que la finalidad política o social no siempre se requiere explícitamente. Es así, continúa, en los apartados 1.º, 2.º y 3.º, mientras que los apartados 4.º y 5.º sí lo exigen.

En efecto, el antiguo delito de sedición, art. 218 del Código penal, incriminaba la conducta sediciosa que estaba orientada a la consecución de determinados fines, mientras que la finalidad política o social se preveía únicamente en los dos últimos apartados del precepto: «4.º Ejercer, con un objeto político o social, algún acto de odio o de venganza... 5.º Despojar, con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios...»

En directa relación con lo anterior y, en particular, por tratarse de «Delitos contra la seguridad interior del Estado», el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de julio de 1991 considera que ambos delitos vienen presididos por una finalidad de «subversión política o social...existiendo entre ellas una diferencia meramente cuantitativa en razón de los fines perseguidos...la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar mientras que la sedición tiene a atacar las de administrar y juzgar...». En términos similares se manifiesta, en cuanto a la finalidad, la STS de 11 de marzo de 1994 al afirmar que se exige para la apreciación del delito de sedición una «finalidad de atentar contra la paz pública, elemento subjetivo del injusto...». Finalidad, permítaseme reiterar, que en la actual descripción típica del delito de sedición no se requiere, a diferencia del texto anterior que sí lo contemplaba y, menos aún, la pretendida finalidad político o social en la redacción del vigente art. 544.

Hemos visto sobradamente que el delito de rebelión se caracteriza por un alzamiento violento y público con el que se pretende alcanzar determinados fines; por su parte, el alzamiento público y tumultuario característico de la sedición tiene un objeto distinto. Es decir, el «alzamiento» es intrínseco a ambas modalidades típicas, a pesar de que el bien jurídico protegido en ambos delitos es distinto. En uno el ordenamiento constitucional del Estado y en otro el orden público. Creo, por lo tanto, que no sólo se trata de delitos cuantitativamente distintos, sino cualitativamente diferentes. La distinción de carácter cuantitativo en razón de los distintos fines perseguidos (no de la intensidad de la violencia ejercida) fue puesta de relieve por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de julio de 1991. En esa resolución caracterizaba a la rebelión como un comportamiento dirigido a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones de legislar y gobernar, mientras que la sedición, afirmaba, tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar. Sin embargo, la redacción actual de esos delitos permite diferenciar nítidamente entre los fines perseguidos en ambos. Así, en la rebelión se exige un fin específico que viene presidido por la subversión del orden constitucional, mientras que los fines de carácter político o social que se requerían en la redacción anterior del delito de sedición se han excluido de su actual configuración típica.

