

EGUZKILORE

Número 25.
San Sebastián
Diciembre 2011
75-86

EL COMIENZO DE LA EJECUCIÓN EN EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS. PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA

*Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Resumen: A partir de la argumentación de dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera del año 2009 y la segunda de 2011, y de una Sentencia de la Sección primera de la Audiencia Nacional de 2010, en relación con el delito de “Desórdenes públicos del artículo 557.1 del Código Penal, se plantean dos cuestiones. La primera, el inicio de ejecución del citado delito. La segunda, en relación con la anterior, si dado el adelantamiento del inicio de la ejecución, en el caso concreto, puede plantarse una violación del Principio de legalidad en su contenido de prohibición de la doble incriminación (“no bis in idem”).

Laburpena: Kode Penaleko 557.1 artikuluko “desordena publikoa” delituari buruz Auzitegi Gorenak bi sententziantan emandako argudioetatik (bata, 2009koa, eta bestea, berriz, 2011koa) eta Auzitegi Nazionalaren lehenengo sekzioak 2010ean emandako sententzia batetik abiatuta, bi gai landuko dira. Batetik, delitu horren gauzatzearen hasiera landuko da. Bestetik, berriz, aurrekoari lotuta, gauzatzearen hasiera aurrertuz gero, kasu zehatz horretan, leporatze bikoitzaren debekuaren edukian legezketasunaren printzipioaren urraketa planteatu ote daitekeen aztertuko da (“non bis in idem”).

Résumé : Sur la base de l’argumentation de deux jugements de la Cour Suprême -l’un de 2009 et un autre de 2011- et d’un jugement de la Section première de la Cour Nationale d’Espagne, par rapport au délit de désordres publics de l’article 557.1 du Code pénal, l’auteur pose deux questions : une première question sur le commencement de la mise en œuvre, et une deuxième question, par rapport au première et en vue de l’avancement du commencement de l’exécution, fixe l’attention sur la possibilité de considérer, dans le cas concret, une violation du principe de légalité, de son contenu de double incrimination (« non bis in idem »).

Summary: Based on the reasoning advanced by the High Court in handing down certain sentences - the first in 2009 and the second in 2011, and another Sentence handed down by the Court of Assizes in 2010, with regard to Public Order offenses, as contained in Article 557.1 of the Penal Code - two questions are raised. The first regards the moment when the commitment of such an offense can be said to actually begin. The second, in relation to the first, raises the question as to whether, if that moment is brought forward, this then constitutes a violation of the principle of legality given *ne bis in idem*.

Palabras clave: Derecho penal, delito de desórdenes públicos, principio de *non bis in idem*.

Gako-hitzak: Zuzenbide penala, “desordena publikoa” delitua, *non bis in idem* printzipioa.

Mots cief : Droit pénal, délit de désordres publics, principe de *non bis in idem*.

Key words: Criminal Law, public order offense, *ne bis in idem*.

A) CÓDIGO PENAL

Artículo 557. 1.

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que en ella circulen o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les pueden corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

B) JURISPRUDENCIA

STS. Núm. 987/2009, de 13 de octubre.

Antecedentes

“...un grupo de jóvenes varones se encaminaban por la calle E... de P. a paso uniformemente rápido, con destino concreto no identificado aunque con intención de ejercer violencia destructiva contra personas y/o cosas portando a tal efecto sus componentes –o algunos de ellos– cierto número de bolsas de plástico conteniendo recipientes de vidrio (...) rellenos con sustancias inflamables de iniciación química (...) viéndose sorprendido el grupo (...) por la inmediata proximidad de un vehículo de la Policía (...) cuyos ocupantes, funcionarios policiales, desempeñaban la misión de mantener el orden público en la mencionada ocasión, en que se desarrollaba la jornada de las Elecciones Generales. Ante la presencia del antedicho vehículo policial, el grupo trató de huir regresando a la calle E, volviéndose al poco y lanzando, algunos de los componentes de aquél, los precitados explosivos incendiarios (...)”.

Fundamentos

“En el presente caso es patente que la acción del grupo del que formaba parte el recurrente cuando marchaban con paso uniformemente rápido con cócteles molotov, en la madrugada del día en que iban a celebrarse las Elecciones Generales al Congreso de Diputados y al Senado, patentiza de forma clamorosa el fin tendencial y por tanto el elemento subjetivo del tipo que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral”, “ ...hecho consistente en el intento de perturbar la paz pública en un día tan señalado”.

SAN, Sección primera, nº 23/2010, de 17 de marzo de 2010.

En relación con los hechos que, en relación con los sujetos y las acciones que aquí interesan, los condenados reconocen que portaron el cóctel molotov y que al encontrarse con la policía, dejan en el suelo el artefacto y salen corriendo.

“Respecto del delito de desordenes públicos del artículo 557 del CP (...) además de una actuación en grupo y una finalidad de atentar contra la paz pública (...) exige el mencionado precepto además que se produzcan unos determinados resultados de

lesiones, daños, obstaculización de vía públicas o invasión de instalaciones o edificios. Este resultado no se llegó a producir (...). En consecuencia los hechos deben estimarse constitutivos de un delito de desórdenes públicos, del artículo 557, pero en grado de tentativa del art. 16 que existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor. Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, unos veinte jóvenes, portando en su mayoría los cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladan rápidamente desde el parque L.T al barrio viejo”.

“Tentativa de desordenes públicos (...) no ofrece ninguna duda que realizan la acción típica...porque existió un concierto previo y un reparto de papeles para llevar a cabo la acción”.

Planteado RECURSO DE CASACIÓN por parte de algunos de los condenados, RC nº 11052/10, ante la Sala 2ª del TS “por aplicación indebida del artículo 557 en relación con el art. 16 del Código Penal, al entender que los hechos declarados son actos preparatorios y, en consecuencia impunes, por cuanto, entiende, no se dio origen a la ejecución, suponiendo una doble incriminación como consecuencia de la tenencia de explosivos”, el Ministerio Fiscal, con fecha 24 de noviembre de 2010, “interesa la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del presente recurso”.

En el escrito de inadmisión el Fiscal recoge la distinción que la Sala ha reiterado entre orden público y paz pública, entendida esta como “el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas de la convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de derechos fundamentales de las personas (...) la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana. A continuación se remite al caso en cuestión reiterando lo visto en la STS 13,10,2009, relativo a que cuando los condenados marchaban “con paso uniformemente rápido” con cócteles molotov en la madrugada del día en que se iban a celebrar las Elecciones Generales...patentiza de forma clamorosa el fin tendencial, y por tanto el elemento subjetivo del injusto que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral”. Añade que en el supuesto en examen “se han cometido también dos infracciones, transporte de las sustancias ya mencionadas con la finalidad de cometer otra, alterar la tranquilidad de la noche por ser previa a la jornada electoral que habría de consistir en lanzar cócteles molotov contra algunos cajeros automáticos”.

STS nº 244/2011 de 5 de abril de 2011.

Por la citada STS citada se declara NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado, al que anteriormente se ha hecho mención, con imposición a los recurrentes de las costas. En el Fundamento de Derecho segundo se recogen los motivos del recurso. Se presenta por “indebidamente aplicado el delito de desórdenes públicos en base a dos cuestiones, a) que no hubo inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos y b) que la sanción por el delito de desórdenes públicos supone, además, una violación del *non bis in idem*.

En relación con la primera cuestión, la Sala recoge la “naturaleza tendencial” del delito de desórdenes públicos, que exige para su apreciación la finalidad de atentar con-

tra la paz pública, elemento subjetivo del injusto que, a su vez, precisa de los siguientes requisitos: “a) El sujeto es plural y b) la finalidad es la de alterar la paz pública, concepto que es más amplio que el simple orden público, u orden en la calle, y que se conecta con el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana –(...)-. Este elemento constituye el elemento subjetivo del tipo penal”. “Pretender que es un acto preparatorio impune el hecho de: a) ir de madrugada b) en grupo por la calle c) provistos de artefactos explosivos e incendiarios d) con un atuendo destinado a provocar la impunidad al llevar cubiertos los rostros y e) con la confesada intención de incendiar cajeros de banco, es una conclusión tan inadmisibles como alejada de toda razonabilidad y solo podría ser exponente de un angelismo que bien pudiera calificarse de patológico (...) antes al contrario, tal acción es a todas luces no ya un acto preparatorio o neutro o indiferente (...) sino que, cuando menos, se está en presencia de un inequívoco principio de ejecución, y decimos, cuando menos, porque la alteración se produce efectivamente con el ataque al vehículo policial, con independencia de que en el mismo no conste que intervinieran los recurrentes, pero en todo caso estos sí dieron comienzo a la ejecución del delito de desórdenes por parte de los recurrentes.

Respecto a la segunda cuestión planteada en el recurso, se afirma por la Sala que “la sanción por el delito de tenencia de explosivos no supuso la vulneración del principio de “non bis in idem”. Recuerda la Sala que “el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto, de comisión esencialmente dolosa y de consumación anticipada porque no exige la deflagración del artefacto bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podía dar lugar al delito de estragos del art. 346 CP, que vendría de este modo a constituir la última fase de la progresión delictiva. En tal caso, es patente que la tenencia de explosivos quedará absorbida en el delito de estragos”.

“Por el contrario, no hay posibilidad de absorción ni de progresión delictiva entre los delitos de desórdenes públicos y de tenencia de explosivos”.

“Basta señalar la obviedad de que el uso de explosivos no es indispensable para la ejecución del delito de desórdenes públicos”.

“Se trata pues de tipos delictivos diferentes con bienes jurídicos propios y distintos”.

Si bien se comentará en el apartado siguiente y en el último la argumentación jurisprudencial, brevemente haré referencia a una expresión de la Sala, ya recogida, que entiendo es ajena a cualquier tipo de argumentación fundada. Me refiero a la afirmación, en relación con la primera cuestión planteada por los recurrentes, que “es una conclusión tan inadmisibles como alejada de toda razonabilidad y solo podría ser exponente de un angelismo que bien pudiera calificarse de patológico”. Entiendo que la última expresión citada es una opinión que no cabe deducirla de los motivos esgrimidos por los recurrentes ni del razonamiento contrario que los rechaza, sino que puede interpretarse como un mero comentario subjetivo que puede entenderse fruto de la autocomplacencia de quienes lo suscriben ante su desafortunado ejercicio literario, y que en cualquier caso, al señalar que la opinión de los recurrentes queda “alejada de toda razonabilidad” y podría ser exponente de “un angelismo (...) patológico”, los descalifica, innecesariamente, y afecta negativamente al derecho de defensa, al margen del Derecho y de cualquier reflexión criminológica saneada.

C) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE ESTUDIO

A partir del tipo base del delito de “Desórdenes públicos” recogido en el artículo 557.1 CP, también de la jurisprudencia citada del TS y de la Sala Primera de la Audiencia Nacional, así como de la doctrina científica que se consultará y citará, se trata de delimitar el inicio de la ejecución en este delito que se mantiene sin modificación tras su última redacción por LO 15/2003 de 25 de noviembre.

En interés, especialmente, de la problemática típica planteada, sujetos que portando artefactos explosivos con el fin de atacar algún cajero automático, ante la presencia policial huyen abandonando los aparatos explosivos que portaban, es común recoger en la doctrina que la “dinámica comitiva propia(...) ha de materializarse a través de alguna de las conductas previstas en el precepto mencionado, encaminadas a atentar contra el orden público, y produciendo como resultado la alteración de dicho orden público, si bien con un ánimo que va más allá de este bien jurídico consistente en atacar la paz pública. Los actos previstos en el artículo 557 CP son los únicos relevantes que puedan dar lugar al resultado típico y, por lo tanto, como señala el TS estamos ante un catálogo cerrado (“*numerus clausus*”) de conductas específicas que dan lugar al resultado típico de la alteración del orden público (SSTS 21/4/87/ y 17/3/89/) (A.J. BARREIRO, 1997, 1.256).

Cabe recordar que este tipo de “convergencia”, “los que actuando en grupo” y de “tendencia interna intensificada”, “y con el fin de atentar contra la paz pública”, contiene la alteración del orden público como resultado. Pero dicho resultado ha de producirse o causarse de manera concreta y cerrada por “lesiones a las personas, produciendo daños en la propiedad, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que en ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios”. Será así, “exclusivamente, a través de los medios que señala el precepto” como podrá presentarse “la grave perturbación del orden, unificada en los medios aludidos” (R. GARCÍA ALBERO, 2004, 2.437 y 2.438). También debe indicarse que la previsión de una regla concursal, “sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”, plantea que además de la directa comunicación entre esos resultados y la alteración objetiva del orden público junto a la intencionalidad final de los autores contra la paz pública, dicha alteración a través de las modalidades tipificadas, puede afectar a bienes jurídicos distintos, generando una combinación pluriofensiva concurrente.

En la jurisprudencia citada, la primera sentencia del TS y la segunda de la AN, los hechos son similares. Varios jóvenes portando botellas inflamables y utilizando disfraz, se dirigen a un lugar inconcreto. Ante la presencia policial, algunos inician la huida y otros se enfrentan con la policía. Los que huyen, en su huida, abandonan las botellas inflamables. Estos últimos, son condenados por tenencia y porte de sustancias inflamables junto con el delito de desórdenes públicos pero en grado de tentativa.

En la primera de la STS recogida se señala que ya “cuando marchaban con paso uniformemente rápido con cócteles molotov, en la madrugada del día en que iban a celebrarse las Elecciones Generales (...) patentiza de forma clamorosa el fin tendencial, y por tanto el elemento subjetivo de tipo que da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral (...) hecho consistente en el intento de perturbar la paz pública en un día tan señalado”.

En la segunda Sentencia citada, recogiendo que el artículo 557 del CP “exige (...) además que se produzcan unos resultados de lesiones, daños, obstaculización de vías públicas e invasión de instalaciones o edificios. Este resultado no se llegó a producir (...). En consecuencia los hechos deben estimarse constitutivos de un delito de desordenes públicos, del art. 557 pero en grado de tentativa del art. 16”, respecto al cual se señala, “Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, unos veinte jóvenes portando en su mayoría los cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladaron rápidamente desde el parque L.T al barrio viejo”

No parece haber duda que los hechos probados constituyen un delito de “tenencia y porte de elementos explosivos” por el que fueron condenados, art. 568 CP, y que, así mismo, concurre la agravante de disfraz, art. 22.2 CP. Sin embargo, también parece claro, dada la singular configuración del tipo del art. 557, que si bien puede constatarse la finalidad de alterar la paz pública, elemento subjetivo del tipo, en base al delito referido de mera tenencia concurriendo la agravante de disfraz, la exigencia de que se ejecute, o al menos se inicie la ejecución, de “lesiones, daños, obstaculización de las vías públicas o la invasión de instalaciones o edificios” puede plantear dudas razonables. Tales resultados, como se ha señalado doctrinalmente, y solamente ellos, en el plano objetivo, son medios determinados ex lege para que nazca “la alteración del orden público”, alteración a la que solo se puede llegar necesariamente a través de ellos, de alguno de ellos.

La referencia en la STS citada de que la presencia del elemento subjetivo “da vida al tipo penal de atentar contra la paz pública, intentando obstaculizar el normal desarrollo de la jornada electoral” cabe apreciar que recoge un salto cualitativo cuando desde el elemento subjetivo no solo se establece el inicio de la conducta objetiva de “alterar” concretada en la norma, sin ninguna alusión material a las lesiones, daños, obstaculización o invasión, sino que también se afirma que es desde el elemento subjetivo, derivado de unos hechos materialmente ajenos a los tipificados, desde donde se genera o da vida al tipo delictivo, cuando debería ser al revés, que el elemento subjetivo se deduzca claramente de la acción externa. Puede entenderse que la presencia del elemento subjetivo, no precisamente da vida al tipo, sino que aporta la finalidad última del sujeto que va más allá de un resultado que debe producirse o al menos iniciarse, alterar el orden público a través de unos hechos típicos taxativa, cerradamente determinados, solo por tanto a través de ellos, lo que, como se señalaba, es dudoso que llegase a iniciarse su producción. Afirmar que la presencia del elemento subjetivo “da vida al tipo” supondría subjetivizar o espiritualizar de una manera excesiva el tipo, abriendo una inseguridad interpretativa, tensionando, cuando no anulando, la propia configuración del art. 557 al prescindir, desde el “ánimus” final, deducidos de otros hechos ausentes del tipo, el “factum” exigido.

Algo similar puede comentarse de la ST de la AN. Reconoce “Esta ejecución ya se inició cuando los miembros del grupo, una veintena de jóvenes, portando en su mayoría cócteles molotov...”. Parece procedente preguntarse si al menos se iniciaron las lesiones, los daños, la obstaculización de las vías públicas o la invasión de instalaciones o edificios, sin poder evitar constatar que en caso de iniciación y dirigida la acción a alterar la paz pública, *tal inicio, se encuentra, se manifiesta y exterioriza inseparablemente al hecho de portar sustancias inflamables*. Pero este concreto supuesto delictivo, cabe insistir, se consumó y fue sancionado en grado de consumación. En la narración jurisprudencial parece que se centra en este delito porque se encuentra

reiteradamente recogido como exponente del inicio de la ejecución del delito de desórdenes públicos. Si así fuera, se está utilizando la tenencia de los materiales explosivos, materiales peligrosos, doblemente como tipo diferenciado, en grado de consumación, y como inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos, lo que llevaría a una doble incriminación por un mismo hecho. Similar cuestión puede plantearse respecto al escrito de inadmisión del Ministerio Fiscal del Recurso de Casación.

Por otra parte, a partir del relato de los hechos puede platearse la existencia de un acuerdo previo de voluntades entre los participantes del grupo de personas que se traslada portando cócteles molotov y con el rostro cubierto, que podría, si no se hubiese iniciado la ejecución de los desórdenes públicos y en el caso de un sistema de incriminación general, conformar la figura de la conspiración. Pero, como se sabe, en nuestro CP el legislador ha optado por un sistema de criminalización especial para esta forma de conducta, art. 17.3 CP, que no alcanza, porque no se prevé expresamente, al artículo 557 CP.

Similares comentarios pueden hacerse al contenido de la STS de 5 de abril de 2011. Como soporte fáctico del inicio de ejecución de los desórdenes públicos se recogen diversos hechos. En un primer momento se destaca que el sujeto es plural y la finalidad es la de alterar la paz pública, elementos, uno objetivo y otros subjetivo, del tipo. A continuación se recogen una serie de datos de los hechos a modo de fundamentación de la calificación: a) el ir de madrugada, b) en grupo por la calle, c) provistos de artefactos explosivos e incendiarios, d) con los rostros cubiertos y e) con la confesada intención de incendiar cajeros de bancos. Entiendo que un mero recorrido por esta fundamentación viene a confirmar lo anteriormente dicho. El que los recurrentes portasen inicialmente “artefactos explosivos e incendiarios” se recoge entre los hechos que sustentan la calificación de tentativa de desórdenes públicos. Así puede comprenderse porque de los otros hechos se puede diferenciar su relevancia. Ir en grupo, de madrugada, son hechos que si no concurriese el de portar sustancias explosivas e incendiarias serían irrelevantes, incluso aunque conste la finalidad confesada, porque de ellos no cabe deducir más que, en su caso, un ínfimo riesgo, y el elemento subjetivo, como se ha dicho más arriba, no cualifica los hechos, ni da “vida” al delito, sino que es exactamente eso, elemento subjetivo, intención o finalidad de los autores pero no hecho ni se deduce de esos hechos. El ir con el rostro cubierto, como se ve en la ST recurrida, se aprecia como circunstancia agravante genérica para el delito de tenencia, que se declara inaplicable ya en casación por ser irrelevante en la ejecución de este delito. Así, únicamente el portar artefactos explosivos e incendiarios podría constituir un riesgo relevante, en su caso, de cara a la modalidad de daños o lesiones del tipo de desórdenes públicos, de manera que la Sala integra expresamente el hecho de la tenencia de los artefactos explosivos para calificar los hechos de desórdenes públicos, con inicio de ejecución en grado de tentativa. Más tarde se comentará si ese mero portar los artefactos puede ya calificarse de comienzo de ejecución de las modalidades comisivas recogidas en el delito de desórdenes públicos.

Por otra parte, afirmar la presencia de un inequívoco acto de ejecución “porque la alteración se produce efectivamente con el ataque al vehículo policial, con independencia de que en el mismo no conste que intervinieran los recurrentes, pero en todo caso estos sí dieron comienzo a la ejecución del delito de desórdenes”, remite a un hecho posterior a los atendibles, en el que además los recurrentes no participaron y afirma el comienzo de la ejecución por estos en base a hechos anteriores, que serán

los que se han visto más arriba, ya comentados negativamente. En esos momentos, en los hechos, como se ha visto, consta la intención de alterar la paz pública y el porte de sustancias inflamables e incendiarias, para alcanzar la finalidad, en cuanto hecho generador de riesgo idóneo para la realización de las modalidades típicas de los desórdenes.

Este razonamiento puede continuarse en relación con los comentarios de la Sala sobre el tipo de tenencia de explosivos para rechazar la vulneración del principio “non bis in idem”. Anteriormente se ha comentado que en relación con la calificación del delito de desórdenes públicos, en grado de tentativa, se ha tenido en cuenta la “tenencia de sustancias explosivas e inflamables”. A su vez, se califican también los hechos por este delito en particular. La Sala realiza una exposición formal-abstracta de este supuesto delictivo como “de simple actividad y peligro abstracto (...) de consumación anticipada porque no exige deflagración (...) no hay posibilidad de absorción ni de progresión delictiva (...) señalar la obviedad de que el uso de explosivos no es indispensable para la ejecución del delito de desórdenes públicos” ya que “ se trata de tipos delictivos diferentes con bienes jurídicos propios y distintos”. La cuestión es que, en concreto, en la particularidad de los hechos enjuiciados, la mera tenencia se ha integrado en la calificación de los desórdenes públicos. No habiendo duda que la mera tenencia conforma un supuesto de mera actividad que genera un peligro, porque si no lo generase constituiría un ilícito meramente formal carente de antijuridicidad material, ese resultado de peligro es el que ha entendido la Sala, como se ha visto, para tenerlo en cuenta como un momento de comienzo de la ejecución de los desórdenes. Así lo recoge en sus Fundamentos de Derecho. A su vez, habiéndolo considerado relevante para esa calificación en grado de tentativa, y la tentativa tampoco exige deflagración, se utiliza para una segunda y diferenciada tipificación. De este modo, la mera tenencia es utilizada doblemente para la calificación penal. En estas breves notas solamente se pretende constatar esta duplicidad en la apreciación de la mera tenencia, duplicidad que va acompañada, a mi parecer, de una especial insistencia en el elemento subjetivo del tipo de desórdenes públicos vinculado a la determinación del comienzo de la ejecución, aunque tal elemento no deje de ser precisamente eso, elemento subjetivo, intención o finalidad, que deberá deducirse de los hechos y no suplantarlos. Así, en relación con la calificación del delito de “desórdenes públicos” en “grado de tentativa” recogida en las STS citadas, en principio, lleva a plantear la argumentación o motivación de la misma en relación con el inicio de realización del artículo 557 CP. en el supuesto concreto. Para ello se verán, en el apartado siguiente las distintas teorías de la tentativa. De este artículo merecerá también un comentario su ámbito jurídico de protección, orden público y paz pública, ámbitos de relación social, cuya ambigüedad tiende a favorecer una tutela penal anticipada.

D) TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA EJECUCIÓN TÍPICA

En la doctrina penal se manifiestan diversas direcciones interpretativas para establecer el inicio de la ejecución de la acción típica que permita determinar el momento del comienzo de la ejecución como algo más, y distinto, en dirección al resultado, que los meros actos preparatorios. Así MIR (2008, 346-353) recoge, en primer lugar, la “Teoría Subjetiva” que atiende, siguiendo a Frank, a la opinión del sujeto para, en el plano objetivo, establecer el inicio en aquellos casos que constituyan un momento “natural”, decisivo, de su plan decisivo. A continuación, hace referencia a la “Teoría Objetiva Formal” que viene a establecer el comienzo de la ejecución a partir de la

conducta descrita en el tipo penal, entendido en sentido estricto, reconociendo el autor que esta teoría expresa un máximo respeto al principio de legalidad. Por último, expone la “Teoría Objetivo Material” que plantea la delimitación del campo previo a la consumación, que suponga ya comienzo de la acción típica, a partir de que en la consideración del plan del autor, objetivada, la acción consista en una puesta en peligro inmediata para el bien jurídico, entendiéndose que la inmediatez debe darse en el tiempo.

Por otra parte ALCÁCER (2001, 17-111), parte, inicialmente, de los presupuestos básicos de la delimitación del comienzo de la ejecución típica, excluyendo tajantemente la fase interna de los jurídicamente relevantes, así como determinadas exteriorizaciones que no alcancen a atentar directamente contra los bienes jurídicos protegidos, en razón de la primacía de la libertad individual, del principio de lesividad, puesta en peligro relevante para el bien jurídico, y de la obligada seguridad jurídica. Justifica también la presencia del problema del comienzo de la ejecución típica en la tentativa en la Parte General, no solo por la presencia del art. 16, sino como una ampliación lógica derivada de cada tipo de la Parte Especial. A partir de ello expone y analiza las diversas teorías generales diferenciando, según la vinculación al fundamento de la punición, Teoría del peligro y Teoría de la impresión, en atención al elemento subjetivo, plan del autor, y las teorías vinculadas al tipo legal, la Teoría objetivo formal, y la del adelantamiento del ámbito objetivo a conductas anteriores al verbo típico, Teoría de los Actos intermedios. El autor se decanta por esta última, que se da cuando “entre la acción realizada y la realización del verbo típico no queden eslabones intermedios esenciales y exista una inmediatez temporal”, exigiéndose que los actos realizados revistan un peligro considerable para el bien jurídico protegido, esto es, la presencia de hechos exteriores que den, directamente, principio a la ejecución y que objetivamente deberían producir el resultado. En relación con el manifiesto adelantamiento que supone esta interpretación respecto a la conducta que realiza el verbo típico, entiende, por una parte, que tal adelantamiento, “no parece resultar excesivo” cuando, además, otros autores defienden que ese marco de conductas en un estado anterior puede en realidad subsumirse en el verbo típico e incluso que la teoría de los actos intermedios coincidiría con las exigencias restrictivas de la teoría objetivo-formal al entender, con Roxin, que con la fórmula del inicio inmediato la tentativa “debe aproximarse al estricto límite de la acción típica”.

En relación con la teoría de los actos intermedios o de la inmediatez del acto, que entiende como ejecutiva la conducta que, a partir de una interpretación objetiva del plan del autor, conduce sin actos esenciales a una lesión típica del bien jurídico protegido, FUENTES OSORIO (2007, 87-92) plantea la dificultad de determinar en un proceso causal en qué instante no se precisa ya un acto intermedio esencial entre el comportamiento y la producción del resultado típico.

El problema que señala respecto a esta teoría es el de “diferenciar dentro de una misma unidad de acción la fase ejecutiva de la preparatoria, lo cual es una decisión normativa que establece qué comportamientos dentro de cada modo de comisión y cada grupo de tipos penales inicia una secuencia de acción penalmente relevante: conduce al inicio de una secuencia de acción sin actos intermedios penalmente irrelevantes”. Continúa señalando que para “determinar cuándo no hay actos intermedios penalmente irrelevantes, no se puede crear una regla general de interpretación de los tipos penales que funcione perfectamente en todas las ocasiones”. Así, la existencia de una secuencia de acción entendida como inicio de relevancia penal, de tentativa, de un

proceso delictivo, será, en todo caso, un punto de partida que deberá ser concretado en cada caso. Finaliza relativizando el criterio de la inmediatez entendido como “un referente que sirva para fijar el inicio de la ejecución pero que siempre esté sometido a una interpretación con ciertas dosis de arbitrariedad” y que, de todas maneras, habrá que “establecer en cada caso dónde comienza la secuencia de acción que formalmente representa un inicio de la conducta típica”.

Por último, en relación a esta breve exposición doctrinal y respecto al concreto delito de “desórdenes públicos”, MUÑOZ CONDE (2010, 826) recoge que “cuando existe un concierto para dichas acciones y estas no llegan a realizarse cabe apreciar tentativa, que podrá demostrarse por el hecho de encontrarse un grupo de personas en actitud provocadora, con los rostros tapados, esgrimiendo instrumentos peligrosos siempre que no hayan llegado a producirse los resultados citados en el precepto”. Como se ve, se refiere a la problemática planteada respecto al inicio de ejecución, tentativa, en relación al delito concreto, desórdenes públicos, que ha sido recogido en las Sentencias citadas y que se plantea como la cuestión a interpretar en este trabajo. Avanzando cuestiones que permitirán, en el siguiente apartado, llegar a una interpretación sobre la cuestión planteada, entiendo que el problema que puede presentar la cita recogida es que no recoge solo un hecho, sino varios, dificultando en cuál de ellos puede entenderse el comienzo de la ejecución. Se pueden establecer, diferenciadamente, sucesivas secuencias objetivas, la existencia de un concierto de voluntades, que remite al plan de los autores en un delito de convergencia o de pluralidad de autores; encontrarse el grupo de personas en actitud provocadora; y lo anterior acompañado del hecho de llevar los rostros tapados que llevaría a una agravante genérica que tendrá que aplicarse en relación con un delito concreto. A lo anterior se añade el hecho de esgrimir elementos peligrosos, momento en el que, al menos en la narración, surge el peligro y que permite preguntarse que si no concurriese el hecho de esgrimir los instrumentos peligrosos, habría también tentativa solo por la presencia de un grupo de personas con concierto de voluntades, actitud provocadora y el rostro cubierto.

E) COMENTARIO FINAL. A MODO DE CONCLUSIÓN

En un primer momento recordaré la cuestión jurisprudencial que se plantea.

La condena califica los hechos como constitutivos del delito de “tenencia y porte de elementos explosivos” del artículo 568 CP con la agravante de disfraz del artículo 22.2 CP, del Capítulo V, “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos”, del Título XII, “Delitos contra el orden público”, y de un delito de desórdenes públicos pero en grado de tentativa, artículo 557 CP, del mismo Título XII, Capítulo III, “De los desórdenes públicos”, por lo tanto, ajenos a los delitos de la Sección 2ª, “De los delitos de terrorismo”, del Capítulo VII, “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, también del mismo Título XII. Quiere decir que los hechos no se califican de pertenencia, actuación al servicio o colaboración con organizaciones terroristas del artículo 572 CP, ni tampoco por el tipo del artículo 577 que recoge los supuestos de quienes sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines, realizan determinados delitos expresamente relacionados entre los que se encuentran determinados daños o tenencia de sustancias o aparatos explosivos.

Los hechos que en este caso interesan en relación con dicha calificación consisten en que varios jóvenes marchaban con paso uniformemente rápido, con cócteles molotov y con el rostro cubierto, en la madrugada en que iban a celebrarse las elecciones generales. Al encontrarse con un furgón de la Policía Nacional y los agentes de la policía, algunos de ellos huyen del lugar y, en la huida, depositan en la calle los cócteles molotov que portaban. Tanto en la STS como en la de la AN citadas se interpreta que dichos hechos patentizan el fin tendencial y por tanto el elemento subjetivo del tipo de atentar contra la paz pública y con ello el hecho consistente en el intento de perturbar el orden público, interpretación distinta y añadida a la que considera esos hechos constitutivos de un delito de tenencias de sustancias explosivas del artículo 557 CP en grado de consumación, con la concurrente agravante genérica de disfraz.

En la ST de la AN se interpreta que los hechos son constitutivos de un delito de desórdenes públicos, pero en grado de tentativa, al iniciarse la ejecución cuando los miembros del grupo, portando en su mayoría cócteles molotov, la noche previa a las elecciones, con los rostros tapados, se trasladaron rápidamente...

En un primer momento, cabe interpretar que la fundamentación jurisprudencial carece de suficiente argumentación o motivación que permita diferenciar la doble calificación delictiva. Como puede comprobarse se realiza una exposición externa de varios hechos de la que deducen el elemento subjetivo del tipo y atribuyen, genéricamente, a tales hechos el inicio de ejecución de los desórdenes públicos, sin determinar en qué momento, en qué hecho en particular de la sucesión de los hechos que se refieren, se encuentra ya ese inicio de ejecución, determinación o concreción que pareciera obligada cuando en la calificación condenan por dos tipos diferenciados, uno de tenencia de sustancias inflamables en consumación con la agravante de disfraz, y otro de desórdenes públicos, en grado de tentativa. Esto es, dado que no se inicia el resultado de las lesiones, daños,...que establece el propio artículo 557 CP, al menos debería haberse motivado cuándo se puso en peligro el bien jurídico protegido, pero prescindiendo de la tenencia de materiales inflamables y de la agravante de disfraz, que merecen una calificación condena diferenciada. El escrito del Ministerio Fiscal de inadmisión del Recurso de Casación reitera la STS del 13,10,2009 y concluye afirmando la comisión de los dos delitos, el de tenencia de sustancias inflamables en grado de consumación con la agravante de disfraz, y el de desórdenes públicos, en grado de tentativa, negando simplemente, sin motivación alguna en particular, que el hecho de portar sustancias explosivas se haya utilizado en la condena tanto para calificar el delito consumado como el de tentativa. Similar, en el fondo, es la STS de 5 de abril de 2011 salvo que elimina, como se ha visto, la agravante de disfraz en el delito de tenencia de explosivos.

Sobre la fundamentación de ambos ilícitos, tal como son calificados en las Sentencias condenatorias, pueden, para terminar, plantearse las siguientes cuestiones. Por los hechos reconocidos no cabe cuestionar la aplicación del delito del artículo 568 CP. Pero no convence la aplicación conjunta del artículo 557 CP en grado de tentativa, artículo 16 CP. Debiéndose evitar la doble utilización punitiva de un mismo hecho por ser contraria al principio de legalidad, y habiéndose integrado en el tipo del artículo 568 CP la tenencia de sustancias explosivas que si podría mostrar, en su caso, la generación de un peligro para el bien jurídico pero, a su vez, constituye ya un ilícito de tenencia en consumación, la atribuida tentativa de desórdenes públicos solamente podría sustentarse en base al hecho de marchar con un paso uniformemente rápido, por la noche, en la víspera de la elecciones generales, pues los otros hechos probados

ya han sido atendidos penalmente en el delito consumado consistente en el portar sustancias explosivas o inflamables. Aunque suponga ese acto de marchar en la fecha señalada un inicio de exteriorización del plan de los autores, carece, a mi entender, del carácter esencial ejecutivo que hiciera innecesarios otros actos intermedios añadidos para la lesión, o en este caso, la puesta en peligro del bien jurídico, en cuanto inicio de ejecución del delito de desórdenes públicos. Se plantea en este supuesto la dificultad que plantea FUENTES OSORIO (2007, 92) de “establecer en cada caso dónde comienza la secuencia de acción que formalmente representa un inicio de la conducta típica”, sin que dicha dificultad haya quedado resuelta al atribuir a un acto remoto, carente de inmediatez, irrelevante en dirección al resultado lesivo, y condenándose separadamente de los relevantes, un inicio de ejecución, sin necesidad de actos intermedios previos, del delito de desórdenes públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., (2001), *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2007) *La preparación delictiva*, Granada.
- GARCIA ALBERO, R. (2004), en Gonzalo Quintero (Director), Fermín Morales (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Pamplona.
- JORGE BARREIRO, A. (1997), en Gonzalo Rodríguez Mourullo (Director), Agustín Jorge Barreiro (Coordinador), *Comentarios al Código Penal*, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2008), *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010), *Derecho Penal. Parte Especial*, Decimoctava ed., Valencia.