

2 CIUDADES DE EXCEPCIÓN: SEGURIDAD CIUDADANA Y CIVISMO COMO INSTRUMENTOS DE BURORREPRESIÓN DE LA PROTESTA

Manuel Maroto Calatayud

2.1. INTRODUCCIÓN

En su relación con los poderes públicos, los movimientos políticos y sociales se enfrentan a multitud de reglamentaciones. Buena parte de ellas cumple la función –manifiesta o tácita– de desincentivar o dificultar determinados comportamientos. Cuando tales comportamientos son considerados legítimos, esos procedimientos son percibidos por los organizadores como trabas burocráticas, más o menos justificadas dependiendo del interés alegado. Con frecuencia, esas trabas se convierten en verdaderos impedimentos al ejercicio de derechos fundamentales, pasando así a ser considerados instrumentos represivos. Surgen así, tanto en el lenguaje militante como académico, conceptos como los de *represión de baja intensidad* o el que aquí se propone, *burorrepresión*, para hacer referencia a la represión política ejercida a través de prácticas pretendidamente no políticas: controles administrativos, técnicos, logísticos, etc. Desde luego la burorrepresión no es un fenómeno nuevo, sino que, por el contrario, ese tipo de prácticas son parte esencial del aparato disciplinario clásico; pero la utilización de un término específico permite encarar más eficazmente el problema (como plantea el coordinador de este libro).

En este capítulo se defenderá la utilidad del concepto de burorrepresión para comprender la deriva represiva en nuestro país desde 2011 y, en particular, para afrontar algunas de las tendencias autoritarias de nuestro sistema jurídico frente a la creciente movilización de la protesta social.

Para ello, en primer lugar, se analizará *la burorrepresión como una respuesta adaptativa de las élites políticas frente a necesidades de represión*

de la protesta social difíciles de justificar en el plano de los derechos, salvo en ciertos contextos construidos como excepcionales y de emergencia (como ha ocurrido tradicionalmente en el País Vasco, o en el tratamiento de los migrantes). Se utilizarán dos ejemplos fundamentales, que consideramos dos ejes centrales de la burorrepresión en nuestro país: el discurso de la seguridad ciudadana (plasmada en la Ley de Seguridad Ciudadana) y el discurso del civismo (plasmado en las diversas ordenanzas municipales de convivencia). Ambos instauran, por así decirlo, un tipo de *emergencia soft*, pequeños estados de excepción que permiten reprimir ciertos comportamientos y a la vez negar su naturaleza política, apelando a concepciones supuestamente mayoritarias del civismo y el orden.

En segundo lugar, se analizarán algunas de las *contradicciones que el recurso a la burorrepresión hace emerger en el pensamiento y la práctica jurídica*. Por una parte, subrayaremos el surgimiento de una *cultura de la infralegalidad*, por la cual las élites políticas recurren a instrumentos normativos de rango muy inferior a la ley (reglamentos, ordenanzas, circulares, bandos) para regular aspectos de la vida social y política sobre los que solo podría legislarse generando debate y hasta conflictividad social (utilización pública de indumentaria religiosa, limitación del derecho de reunión y manifestación, de huelga, del ejercicio de la prostitución, del uso en general del espacio público, etc.). Regulando estas materias a nivel municipal, se busca mantener esas normas *por debajo del radar*, política y jurídicamente. Se trata de una especie de inversión del *principio de legalidad*, máxima de la ilustración jurídica por la cual los derechos fundamentales solo podían ser limitados por una norma con rango de ley, a riesgo de que, de lo contrario, tal limitación de derechos deba ser considerada un acto despótico. A su vez, el recurso a estos instrumentos infralegales para la regulación de ámbitos fuertemente politizados difumina la separación entre funciones manifiestas y latentes del derecho, politizando esas prácticas administrativas, haciendo visible su carácter clasista, y permitiendo la formación de discursos de resistencia.

El capítulo concluye apuntando a la necesidad de desarrollar prácticas y discursos de resistencia también en el plano jurídico. Ello impli-

ca, entre otras cosas, (1) abandonar las tesis puramente instrumentalistas que comprenden el derecho como un monolítico instrumento de dominación de clase al que no merece la pena prestar mayor atención; (2) recuperar la tradición de los discursos jurídicos críticos para ponerlos al servicio de quienes luchan por un proyecto política y socialmente transformador; (3) tomar conciencia de que la definición y producción de los derechos es el fruto de luchas sociales inacabadas y que, lejos de ser cierta la tesis de su irreversibilidad, su ámbito de vigencia depende de la intensidad con la que se ejercen y defienden.

2.1. ESTADO DE DERECHO Y REPRESIÓN DE LA DISIDENCIA POLÍTICA

El derecho moderno nace ligado a un triple compromiso ideológico: con la democracia liberal y los derechos del hombre, por una parte, y con el libre mercado, por otra. El influyente *Derechos del hombre* (1791) de Thomas Paine debía ser leído conjuntamente con *La riqueza de las naciones* (1776) de Adam Smith para tener una imagen completa de qué ideas enarbolaron las revoluciones burguesas. Una era, en efecto, la democracia liberal, tal y cómo había sido formulada por los juristas y filósofos contractualistas de la Ilustración en el siglo XVIII. Pero también, y no menos importante, estaba la oposición al despotismo, al poder arbitrario de los gobernantes sobre los gobernados. La identidad del pensamiento jurídico moderno está, así, atravesada por lo que durante siglos fue uno de los elementos vertebradores de las luchas populares: las prácticas de resistencia a la opresión. Como señaló E. P. Thompson (2012) en su formidable narración de la formación de la clase obrera en Inglaterra, al *inglés libre de nacimiento* no le preocupaba tanto la democratización de la vida política como el hecho de *que le dejaran en paz*. Esa aspiración a asegurar espacios de autonomía frente a la arbitrariedad de los poderosos constituye un elemento nuclear del constitucionalismo y la ideología jurídica moderna, tan difícil de extirpar como en abierta contradicción con la evolución del capitalismo y de las prácticas de control social en los últimos siglos.

La legitimidad del aparato político-constitucional, y la contención del descontento entre las clases populares, dependían en buena parte de que se respetara esa idea de un poder público limitado por derechos

individuales inalienables. Pero no era fácil. El tercer compromiso, el de la defensa de la propiedad y las relaciones de libre mercado, habría de primar. El desarrollo capitalista requería la expansión del Estado como garante de las nuevas relaciones de producción. Eso determinó la naturaleza contradictoria del sistema jurídico-político liberal: mientras que en el plano de las leyes se debía comulgar con grandes ideas acerca de la libertad y de los derechos del hombre, en la práctica esas ideas debían ser limitadas en tanto fuera necesario. “Cada artículo de la Constitución contiene su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad”, diría Marx (2003). El Conde de Romanones le parafrasearía con su más castizo “ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento”. La democracia y los derechos contra la opresión debían ser, a la vez, reconocidos y contenidos, para mantener el *orden social*. Al igual que a través del sufragio censitario se contuvieron las ideas democráticas en los marcos de la moderación liberal –los primeros liberales consideraban que el sufragio universal masculino no podía significar otra cosa que la revolución de las masas trabajadoras–, el proyecto de libertad frente a la opresión fue progresivamente asentándose en el plano de los derechos, mientras contemporizaba con desarrollos como el de los primeros cuerpos policiales centralizados o con el nacimiento de la prisión.

Al pensamiento ilustrado le preocupaba mucho limitar el poder represivo de los poderes públicos en un Estado liberal, y dedicó grandes esfuerzos a diferenciar la simple y llana *represión* del ejercicio de funciones legítimas de *control social*¹⁶. Lo apreciamos especialmente en la importancia del reformismo penal; la obra de Beccaria y de otros reformistas de la época tuvo una gran repercusión, e incluso revolucionarios prácticos como Marat o Robespierre dedicaron energías a escribir sobre la cuestión criminal. El esfuerzo no era baladí: el *derecho penal* debía regular y contener el instrumento represor por excelencia, el *ius puniendi*,

¹⁶ Hay que destacar que en el lenguaje de penalistas y administrativistas el término “represión” no tiene, de hecho, una connotación necesariamente negativa. Se habla así con normalidad de represión penal o represión administrativa sin entender que esa represión se refiere al ejercicio de derechos fundamentales.

del soberano. No hay que olvidar que el sistema penal como tal, durante mucho tiempo, solo había existido como mecanismo de represión de esclavos y delincuentes políticos (Bianchi, 1994: 15). Acotar qué, cómo y para qué se debía castigar, formular los principios de un derecho penal liberal, respondía a ese proyecto de autonomía y emancipación de la tiranía, dentro de los límites del proyecto liberal. Los delitos y las penas debían ser establecidos por ley general, emanada de un legislador vinculado al contrato social; no podían ser aplicados retroactivamente y debían responder proporcionadamente al fin de prevenir nuevos daños sociales: “cualquier acción no comprendida entre los límites señalados, no puede ser llamada delito o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en darle este nombre” (Beccaria, 2008). Se trataría en esos casos de mera *violencia*: “para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes” (Beccaria, 2008), de una auténtica declaración de hostilidad (Hobbes, 2009), y en su caso merecería ser objeto de resistencia (Feuerbach, 2010). *Lo penal quedaba por tanto delimitado como ámbito legítimo del ejercicio de la represión*. Solo el ejercicio legítimo del derecho a castigar justifica la suspensión de los derechos políticos, su represión. Cuando Lincoln consigue en 1863 abolir la institución privativa de derechos por excelencia, la esclavitud, la decimotercera enmienda a la Constitución americana admitió una excepción: “excepto como castigo de un delito por el que el responsable haya sido debidamente condenado”.

Gracias en parte a los esfuerzos ilustrados, el poder punitivo ha sido el instrumento de represión *por excelencia*, al que había que contener y someter a garantías para poder diferenciarlo del simple ejercicio de tiranía. El triunfo de las ideas liberales no impidió, sin embargo, la utilización del sistema penal para la represión del movimiento obrero o de colectivos molestos, ni en general la instrumentalización del sistema de justicia con fines políticos de todo tipo (Kirchheimer, 2001). Tampoco evitó las masacres y vulneraciones masivas de derechos humanos de los siglos siguientes, en las que tuvieron un papel fundamental los aparatos punitivos del Estado; incluso parece que algunos de los

más respetados penalistas del siglo XX adaptaron su pensamiento sin demasiado problema a las necesidades represivas del nazismo alemán (Muñoz Conde, 2003). Sin embargo, la nueva sensibilidad represiva había llegado para quedarse y, salvo periodos históricos en las que el poder punitivo desborda toda contención, los siglos XIX y XX fueron, en general, dos siglos de *humanización* penal. Lo que no quiere decir que nuestras sociedades sean ahora necesariamente menos represivas, sino que los medios represivos se han adaptado a los nuevos tiempos y las nuevas formas de pensar. Foucault (2009) es uno de los más conocidos cronistas de la evolución de estas sensibilidades con respecto al castigo y la represión de la desviación.

2.1.1. Funciones manifiestas y funciones latentes del Derecho

Como recuerda Olarieta Alberdi (1990: 242) el liberalismo “mantiene una concepción suicida y paradójica, fuente a la vez de su fortaleza y de su debilidad: parte de reconocer la libertad incluso a los enemigos de la libertad [...] reconoce derechos no solamente a sus adversarios, sino también a quienes se enfrentan y le combaten”. Ello implica que los objetivos, propósitos y fines de la actividad política no puedan ser delito, sino solo las conductas tipificadas como tales en el Código Penal. Eso lo distingue claramente de los sistemas autoritarios: durante el franquismo, por ejemplo, todo lo que quedara fuera del estrecho ámbito de la política fijado por el régimen, cualquier actividad que vulnerara las Leyes Fundamentales, era considerada delictivo.

En la práctica, los poderes públicos han reprimido y reprimen la disidencia por medios legales diversos, incluidos los penales. Considerar lo contrario es incurrir en lo que Cohen (2001) denominó en su día *legalismo mágico*; una forma de fetichismo jurídico por la cual si algo está prohibido o reconocido en un ordenamiento, la realidad no debe, no puede, contradecirlo: lo jurídico *constituye la realidad*; Israel no comete torturas porque ha ratificado los tratados internacionales que la prohíben; España podrá cumplir con sus obligaciones con sus deudores internacionales porque así lo ha establecido en un artículo de la Constitución; la disolución de un partido político no es una sanción, como no lo es tampoco el internamiento forzoso de un inmigrante a la espera

de que se le expulse del país. Aceptar que existen instituciones jurídicas constitucionales desde el punto de vista de la pura racionalidad normativa, pero que cumplen fines latentes inconstitucionales, como por ejemplo el de servir a la represión de la disidencia, supone un salto epistemológico y político incómodo para el razonamiento jurídico. La mayoría de las personas son capaces de apreciar la divergencia entre lo que dispone la Constitución y la realidad del funcionamiento de las cosas, pero nuestros operadores jurídicos se mueven en su mayoría en el ámbito de este particular fetichismo jurídico que niega la realidad. Las propias construcciones jurídicas y jurisprudenciales raramente reconocen esto de manera expresa; sucede por ejemplo, como veremos, con la construcción jurisprudencial de la prohibición del *efecto desaliento*.

En un Estado liberal –al menos en uno preocupado de mantener su legitimidad como tal–, los instrumentos utilizados para reprimir la disidencia política tomarán, por lo general, la forma de funciones latentes del derecho. De ser manifiestas, esas funciones tendrían que ser consideradas inconstitucionales. En cierto sentido se trata de una especie de reverso de lo que Scott (2000) llamaba *infrapolítica*, en referencia a las formas de resistencia de los débiles frente a la opresión: una forma estratégica de actuación que busca ocultarse y oscurecer sus intenciones detrás de significados aparentes, para evitar las consecuencias que tendría una actuación manifiesta (Scott, 2000: 235–236). La burorepresión sería, a la inversa, una especie de *infrarrepresión*.

Para el derecho penal liberal, el poder punitivo debe retirarse de ámbitos que en un Estado de derecho se entienden comprendidos por el pluralismo político. “La mejor contribución a la solución de los conflictos de naturaleza social que puede hacer el derecho penal es extremar sus medios de reducción y contención del poder punitivo, reservándolo solo para situaciones muy extremas de violencia intolerable y para quienes solo aprovechan la ocasión de la protesta para cometer delitos” (Zaffaroni, 2010: 15). Pero el espacio que deja el derecho penal en retirada no queda automáticamente liberado. En particular el derecho administrativo sancionador asume funciones de represión de la disidencia política abandonadas por el derecho penal, y las desarrolla buscando evitar que se hagan manifiestas, lo cual permite des-

politizar y ocultar los conflictos, negar la represión misma. Una de las labores fundamentales a la hora de resistir estas formas de represión a través de funciones latentes del derecho será, por tanto, convertirlas en manifiestas, hacerlas visibles y evitar el “escamoteo burocrático” del conflicto (Foucault, 2009: 18; Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002: 38). Cuando se sanciona a una persona por repartir octavillas que anuncian una manifestación no se está sancionando el arrojar basura a la vía pública, sino el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento; lo mismo ocurre cuando se sanciona a quien usa un megáfono para lanzar consignas políticas: no se está sancionando la emisión de ruidos molestos. Los dos ejemplos ocurrieron en la misma localidad¹⁷. El primero es particularmente llamativo: en septiembre de 2011, tres miembros del 15-M de Ciudad Real repartían octavillas en la calle, cuando la policía les instó a dejar de hacerlo en cumplimiento de la ordenanza municipal de limpieza. Conscientes de la ilegalidad de la orden, se negaron a obedecerla, lo que les valió la apertura de un juicio de faltas por desobediencia y, paralelamente, de un expediente sancionador. Seis meses más tarde, y tras una intensa movilización de protesta, la Audiencia Provincial de Ciudad Real declaró que la conducta de los acusados estaba amparada por el derecho fundamental de libertad de expresión. En cuanto al expediente sancionador, agotada la vía administrativa, el caso se encuentra todavía pendiente del procedimiento contencioso (Arroyo Jiménez, 2012).

2.1.2. Despenalización y criminalización administrativa

El derecho administrativo, que surge como tal con las revoluciones liberales, como nueva rama del ordenamiento llamada a regular la administración y su relación con los ciudadanos, vino pronto a cubrir algunos de los espacios represivos de los que el derecho penal aspiraba a retirarse, y lo hizo evitando las hipotecas de aquél con las viejas formas

¹⁷ Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, 37/2012, de 23 de febrero; ver también “Nueva sanción en Ciudad Real: El Ayuntamiento abre expediente a un joven por ‘hacer ruido’ con un megáfono durante una protesta”, *MiCiudadReal.es* (22/01/2013), disponible en: <<http://www.miciudadreal.es/2013/01/22/nueva-sancion-en-ciudad-real-el-ayuntamiento-abre-expediente-a-un-joven-por-hacer-ruido-con-un-megafono-durante-una-protستا/>> (consulta: 19/04/2013).

represivas basadas en los tormentos y los castigos corporales, que en la sensibilidad burguesa habían caído en desgracia. Se ajustaba mejor, en ese sentido, a las nuevas formas represivas descritas por Foucault. En particular, una de las parcelas del derecho administrativo, el *derecho administrativo sancionador*, también llamado a veces *derecho penal administrativo*, se configuró pronto como un espacio en el que podía *sancionarse sin castigarse*, reprimir sin hacer necesariamente saltar las alarmas contra la opresión que el pensamiento liberal había colocado alrededor del sistema penal. El primer código penal español, aprobado en 1822, reflejaba esa duplicidad del *ius puniendi* del Estado, diferenciando entre (a) la reserva absoluta de ley necesaria para determinar los delitos y las penas, cuya aplicación correspondía en exclusiva a los jueces y tribunales, y (b) la posibilidad de que los reglamentos generales y locales tipificaran infracciones, sancionables con multas, que correspondía imponer a los Alcaldes y Jefes políticos, sin necesidad de atenerse a las reglas del procedimiento judicial (Nieto García, 2005; Ruiz Robledo, 1996: 154). La expansión de las facultades sancionadoras de la administración en las últimas décadas ha generado entre los juristas un largo debate en torno a la necesidad de extender las garantías penales-constitucionales también al ámbito del derecho administrativo sancionador, un debate que, lejos de haber logrado asentar los principios de un derecho administrativo garantista, parece más bien haber constatado que “en el Derecho administrativo sancionador español, una cosa y su contraria pueden perfectamente ser al mismo tiempo ciertas y válidas” (Beltrán de Felipe, 2006: 56; 2005).

Durante la Transición, a través de sucesivas reformas del Código Penal, el ordenamiento penal en España se retiró de ámbitos que pasaban a quedar amparados por derechos fundamentales. También lo hizo, de manera más “silenciosa y discreta” (Pemán Gavín, 2007: 13) de aspectos vinculados a lo que ahora llamamos civismo, una suerte de *orden público municipal*. En 1989 se eliminaron buena parte de las faltas que contenía el Código Penal de 1973, incluidas las que tipificaban conductas contradictorias con el régimen de los Municipios. El Código Penal de 1995, suprimió de nuevo faltas relacionadas con estas áreas, y de hecho eliminó la referencia al “régimen de las poblaciones”. Con él

desaparece, igualmente, el artículo que limitaba el poder sancionador administrativo estableciendo que “en las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales”. En la exposición de motivos se reflejaba que la intención de esta despenalización era descargar al derecho penal de ilícitos menores y remitir al derecho administrativo sancionador su tipificación y su sanción. Esta tendencia a la despenalización de las faltas se verá completada si, como parece que ocurrirá, sale adelante el proyecto de reforma del Código Penal propuesto por el actual gobierno, que eliminará efectivamente la totalidad de las faltas del Código, para remitir su sanción al derecho administrativo sancionador. El proceso de despenalización y *criminalización administrativa* que comenzó con el final del franquismo y que se ha dado también en otros países europeos, quedaría así completo.

La retirada del Código Penal de ámbitos relacionados con la protesta y con infracciones menores es coherente con la necesidad de adaptar el Código Penal a un Estado de derecho basado en el respeto a los derechos fundamentales. La lógica era similar a la del proceso de despenalización de los delitos políticos y de las jurisdicciones especiales creadas por el franquismo para castigarlos. Recordemos que el Tribunal de Orden Público, creado en 1963 como continuador del mucho más explícitamente denominado Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo (Portilla Contreras, 2010; Águila Torres, 2001) tenía la finalidad de juzgar un amplio abanico de delitos políticos: “aquellos que van contra el jefe del Estado, las Cortes, el Consejo de Ministros y forma de Gobierno; con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes; la rebelión y la sedición; los desórdenes públicos; la propaganda ilegal; las detenciones ilegales siempre que obedecieran a un móvil político o social; la sustracción de menores; el allanamiento de morada; las amenazas y coacciones; y el descubrimiento y revelación de secretos”.

Esa jurisdicción especializada en la represión política penal había de desaparecer, como habían de hacerlo los preceptos relativos a actitudes morales, sexuales, etc. Había, en definitiva, que adaptar el sistema penal a la nueva forma de Estado, respetando el principio de que “la política no puede ser objeto del derecho penal en un estado democrático basado en el pluralismo político” (Benlloch Petit, 2001: 177). De igual modo, y en virtud del *principio de intervención mínima*, el derecho penal no debía intervenir ante infracciones menores de normas de convivencia. El *Estado de Derecho* (aquél que aspira a *resolver* los conflictos sociales) avanzaba frente al *Estado de Policía* (aquél que simplemente busca *suprimir* los conflictos sociales) (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002: 41; Foucault, 2007).

Ese avance es real, y habría que evitar caer en equiparaciones demasiado fáciles entre el aparato represivo franquista y el actual. Pero también sería simplista negar la existencia de continuidades en la historia española en materia de represión de la disidencia política. En la que a nosotros nos ocupa, en una época de intensificación de la conflictividad social, apreciamos que las funciones del Estado de Policía abandonadas por el derecho penal han sido en parte asumidas por el derecho administrativo sancionador.

2.2. BASES JURÍDICAS DE LA BURORREPRESIÓN EN ESPAÑA

Las formas de burorrepresión que vamos a analizar en este capítulo tienen efectivamente su base en el derecho administrativo. Aunque no siempre es fácil trazar una división clara con el derecho penal y es fácil saltar de uno a otro (Larrauri Pijoan, 2007: 18)¹⁸. Vamos a analizar fundamentalmente formas de represión de la protesta social amparadas por el ordenamiento jurídico, particularmente por el derecho de reunión y manifestación. Con ello no se quiere decir que el derecho administrativo reconozca tales funciones; por el contrario, su ocultación es uno de las claves de su eficacia. Tampoco que otras ramas del ordenamiento, así

¹⁸ Como recuerda Larrauri, es frecuente que la desobediencia de una ordenanza se denuncie como delito o falta de desobediencia, lo que abre la vía penal; tampoco es infrecuente que al hilo de la infracción administrativa se denuncie un delito de atentado o resistencia a la autoridad.

como formas de control social no jurídicas, no surtan efectos represivos. Por el contrario, se trata de una suerte de *continuo*, en el sentido en que Foucault (2007) decía que el Estado de Policía establece un “continuo administrativo” desde la ley general a la medida particular.

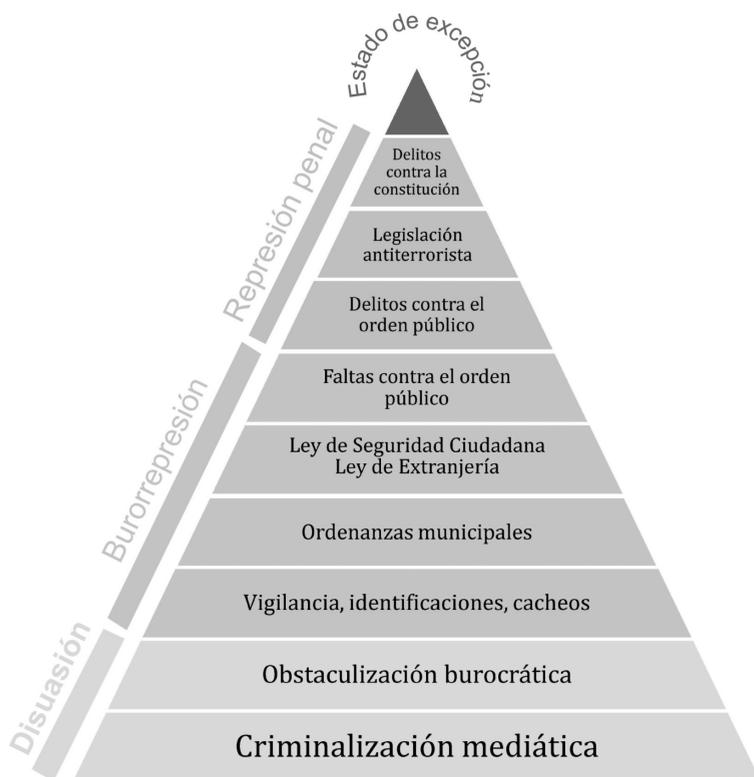


Figura 2. Instrumentos de represión de la protesta. Elaboración propia

De los distintos instrumentos de burorepresión que hemos representado en la figura 2, nos vamos a centrar en dos: la regulación administrativa del orden público y de la seguridad ciudadana y la potestad sancionadora de la administración local a través de discursos excluyentes del civismo y la convivencia. Ambos dominios han creado pequeños estados de excepción dentro de nuestro ordenamiento, posibilitando la limitación de derechos con vistas a la supresión de conflictos políticos a través de métodos *infrapenales*. Analicemos las dos formas por separado.

2.2.1. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

El concepto de orden público ha permitido históricamente a las autoridades sancionar un abanico de conductas extraordinariamente amplio. El artículo 2 de la Ley de Orden Público de 1959, consagraba por ejemplo, entre otros muchos supuestos sancionables, uno de carácter residual que abarcaba conductas que “de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores [...] alterasen la paz pública o la convivencia social”, que podían ser sancionadoras por autoridades como Alcaldes y Gobernadores Civiles. También la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sancionaba distintas formas de *gamberrismo*, según la expresión que utilizaba su propia Exposición de Motivos: permitía aplicar diversas medidas de seguridad, por ejemplo, a “los que, con menosprecio de las normas de convivencia social o del respeto debido a las personas, ejecuten actos caracterizados por su insolencia, brutalidad o cinismo, y los que con iguales características impidan o perturben el uso pacífico de lugares públicos o privados o la normal utilización de servicios de esa índole, maltraten a los animales o causen daño a las plantas o cosas”. La Ley de Peligrosidad no fue completamente derogada hasta la aprobación del Código Penal de 1995.

La intensa agitación social durante los últimos años del franquismo y la bancarrota de las instituciones franquistas llevaron al aparato de represión estatal a recurrir de manera habitual a la impopular declaración del estado de excepción, que provocaba, a su vez, nuevas olas de contestación. Para evitar esa dinámica, el régimen optó por convertir el estado de excepción “en algo permanente y cotidiano” (Olarieta Alberdi, 1990: 229) lo que logra entre 1967 y 1971, reduciendo notablemente la necesidad de acudir a ese recurso. La vía elegida fue la introducción de medidas equivalentes en la jurisdicción ordinaria, fundamentalmente a través de la reforma de la Ley de Orden Público, que fue modificada 1971, en una reforma calificada como “el texto más polémico y el que mayores críticas suscitó de todos los promulgados por el régimen nacido en 1936” (Fernández Segado, 1977: 346). Se buscaba, así, “evitar tener que recurrir a situaciones excepcionales, que siempre van en desprestigio del Gobierno que a ellas acude, reforzando las facultades

de la autoridad gubernativa en situaciones de normalidad”. La reforma de Ley de Orden Público fortaleció las facultades sancionadoras de las autoridades gubernativas (Alcaldes, Gobernadores Civiles, Director general de Seguridad) elevando la cuantía máxima de las *multas gubernativas* y la duración del arresto supletorio (recordemos que se admitía la *responsabilidad penal subsidiaria*) en caso de su impago; alteró la tramitación administrativa eliminando determinadas garantías, como el trámite de audiencia y el pliego de cargos, exigiendo depósito previo para el recurso, etc. (Olarieta Alberdi, 1990: 231).

Como contrapeso, se eliminó el procedimiento especial en el Tribunal de Orden Público para causas instruidas en estado de excepción. La exposición de motivos de la ley destaca por su llamativo tono pseudoliberal: “la supresión ha sido meditada y ha influido en la solución adoptada la consideración de que el Estado de Derecho en que nuestro país está constituido es contrario a la proliferación de órganos judiciales y a la especialidad de los procedimientos. Los principios de Juez Legal y Tribunales Ordinarios son garantías recogidas en nuestro Ordenamiento constitucional y la presente Ley las respeta”.

De este modo, según (Olarieta Alberdi, 1990: 231), “las multas sustituyen al estado de excepción; tienen la ventaja de ser automáticas y de eludir la intervención judicial para obtener el mismo resultado: encarcelar al militante, al activista, al agitador por mera decisión gubernativa. La reclusión se convertía en un puro internamiento administrativo. La facultad sancionadora de la Administración juega en la represión franquista un claro papel de amortiguamiento: el número de presos condenados por delitos políticos desciende, mientras el de reclusos por ‘infracciones administrativas’ aumenta. Se trata, por tanto, de un reclutamiento penitenciario que se mueve a contracorriente de los demás: crece cuando los demás descienden y desciende cuando los demás aumentan”.

En 1971 se modificó, además, el Código Penal y el Código de Justicia Militar, introduciendo las figuras de llamado *terrorismo menor*, que abarcaba conductas tales como las de quienes “actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación en las personas, produciendo desperfectos en las

propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios”. La normalización de los instrumentos de represión política llevada a cabo a través de instrumentos jurídicos como éstos, junto con otros como la Ley de Movilización Nacional en la represión de las huelgas, o la Ley sobre Peligrosidad para la represión de las minorías sexuales, etc., permitió, efectivamente, mantener y fortalecer los cauces institucionales de represión disminuyendo la necesidad de recurrir al estado de excepción, decretándose el último de éstos en 1975.

Iniciado el proceso de reforma política, la Ley de Orden público, junto con otras leyes relacionadas con la represión del ejercicio de derechos políticos¹⁹, fue reformada en sus aspectos más abiertamente incompatibles con el nuevo régimen constitucional, pero estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC).

Gran parte del debate parlamentario y mediático sobre la llamada *Ley Corcuera* o *Ley de la patada en la puerta* giró en torno al problema de la droga. En ese sentido, la LOPSC supuso un cambio drástico: hay que recordar que el ordenamiento español nunca ha sancionado penalmente la simple tenencia y consumo de drogas, y fue la LOPSC la que introdujo la posibilidad de sancionarla administrativamente (Sánchez Tomás, 2002: 83). Pero igualmente relevante en la aprobación de la ley fue “la posibilidad del surgimiento de desórdenes públicos provocados por demandas sociales internas (paro, precariedad laboral, otras reivindicaciones sociales...) y la exigencia de un mayor control hacia las personas venidas de otros países” que pudieran constituir alguna amenaza para la seguridad de *magños eventos* como los Juegos Olímpicos de Barcelona, la capitalidad europea de la cultura en Madrid, y la EXPO’ 92 de Sevilla (Arana, Germán, 2008: 7). La preocupación por la cotización de la *Marca España* en el exterior ya parecía existir por entonces, y enarbolándola se remodelaba el viejo concepto de *orden público*. Aunque algunas de sus disposiciones fueron declaradas inconstitucionales²⁰, la Ley 1/1992 ha perdurado como uno de los principales de instrumentos de control y represión de derechos fundamentales.

¹⁹ Véase la exposición de motivos de la ley, así como las disposiciones derogatorias.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993 de 18 de noviembre.

De la LOPSC fue fundamental la *habilitación legal para exigir la presentación de documentación* y sancionar en caso de que no se satisfaga el requerimiento. La obligación general de identificarse, de manera no vinculada a la prevención o investigación de una infracción en concreto, no existió hasta la entrada en vigor de la LOPSC. Esto permite tácticas de control basadas en el *stop and search*, realizadas fundamentalmente al amparo a través de esta ley, y no tanto de ordenanzas (Larrauri Pijoan, 2007: 17), que resultan de especial relevancia en la represión de los derechos de los migrantes (Ávila Cantos, García García, en este mismo volumen). Recientemente se ha vuelto a poner en cuestión la utilización de las identificaciones como táctica represiva e intimidatoria, especialmente al hilo de la deficiente identificación policial en determinadas actuaciones (Plataforma por la Desobediencia Civil, 2013).

También con la reciente ola de conflictividad social, la ley ha cobrado un nuevo protagonismo en su utilización para *obstaculizar el derecho de reunión y manifestación* (Comisión Legal Sol, 2013). Sus artículos 23 a 27 han permitido abrir expedientes sancionadores a cientos de personas en los últimos cuatro años por participar en convocatorias de manifestación pacíficas, así como imponer multas a colectivos de todo tipo, desde los manifestantes de las convocatorias del movimiento 15-M o 25-S, a miembros de colectivos por la memoria histórica, por el laicismo, sindicalistas, estudiantes, funcionarios, etc. Especial importancia ha cobrado la disposición del artículo 23 apartado c), que sanciona “la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal”. La aplicación de este artículo ha permitido revertir lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución acerca de que el ejercicio del derecho de reunión “no necesitará autorización previa”. Una jurisprudencia nada respetuosa con el principio *favor libertatis* ha abierto la puerta a la posibilidad de sancionar la mera *no comunicación* de una convocatoria, aunque ésta no llegue a generar ningún problema de orden público, ni peligro para personas o bienes. Que esto se diferencia en poco de la imposición de

un régimen de autorización previa queda reflejado en la normalidad con que en los medios y los círculos de activistas se habla simple y llanamente de convocatorias “autorizadas” o “no autorizadas”. La LOPSC parece haber ganado la batalla ideológica de instaurar en la generalidad de la población la convicción de que es necesaria una autorización administrativa para manifestarse en el espacio público.

En la autobiografía de Malcolm X (X, Haley, 2007: 29) se cuenta una anécdota curiosa: en las calles de Harlem, un hombre arenga a un pequeño grupo de personas, subido a una caja de madera, a la que había incorporado una bandera americana. “Ni creo en esa maldita bandera, ni la respeto” –explicaba el orador– “está ahí simplemente porque no puedo organizar una reunión pública sin ella, a menos que quiera que el hombre blanco me meta en la cárcel”. Los escritos de comunicación a la (Sub) Delegación de Gobierno se han convertido en algo parecido: hay que ondearlos ante las autoridades para evitar sanciones, para demostrar o recordar que se está ejerciendo un derecho. Con la salvedad, además, de que las sanciones se imponen igual, e incluso en mayor cuantía (Comisión Legal Sol, 2013). Éstas prácticas, que *obligan a probar* que se está ejerciendo un derecho, contradicen el artículo 9 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la obligación de *remover* los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos, y no de *crearlos*. Los convocantes pueden negarse a comunicar o hacer un uso creativo de las comunicaciones: a veces se intenta esquivar la sensación de estar sometido a autorización utilizando los escritos de comunicación para su fin manifiesto, es decir, solicitar protección para los manifestantes. En algunos casos, las solicitudes de protección son, de hecho, reales. Así ha ocurrido con frecuencia en localidades como Ciudad Real, ante la obstinación de la policía local por aplicar las ordenanzas ante cualquier uso alternativo del espacio público. Esta actitud de la policía produjo una politización de lo que no necesariamente eran eventos políticos: tras la inverosímil disolución policial de un mercadillo de trueque en la calle, que incluyó la incautación de los objetos de los participantes, las siguientes convocatorias del mercadillo tuvieron que hacerse con comunicación a la Subdelegación, habiéndose de justificar por dos veces el carácter reivindicativo (de formas no capitalis-

tas de consumo y de uso del espacio público) y político de la concentración (Alarcón Mosquera, 2011). En efecto, la no comunicación de una convocatoria de concentración no solo expone a los convocantes a ser objeto de un expediente sancionador, con independencia de la naturaleza pacífica de la convocatoria, sino que abre la vía a la intervención de otra autoridad sancionadora: la municipal, a través de las sanciones recogidas en ordenanzas y reglamentos municipales de toda índole. La represión, así, tiene múltiples facetas: no solo se interrumpe o impide el ejercicio del derecho en concreto, sino que *se niega que se estuviera ejerciendo el mismo*, equiparando el ejercicio de un derecho fundamental con actividades simplemente molestas o inconvenientes.

El efecto ideológico de estas prácticas (equiparar las octavillas con basura, las asambleas a los tumultos y a los botellones, el lanzamiento de consignas con los gritos, las mesas de recogida de firmas con puestos de mercadillo²¹) es tan importante como el hecho de que por esa vía se consiga convertir el libre ejercicio de derechos en la excepción y no la regla, en algo condicionado al previo *visto bueno* de la administración. Campañas de desobediencia civil, como la lanzada recientemente por la Plataforma por la Desobediencia Civil contra el uso masivo de la identificación con fines represivos, o la negativa general del movimiento 15-M a comunicar sus concentraciones y manifestaciones por considerar que el requisito constitucional de la comunicación se satisface por sí mismo cuando se da debida información pública sobre la convocatoria, contrarrestan estos efectos ideológicos, parte esencial del fenómeno burorrepresivo, y devuelven el problema a donde pertenece: no al ámbito del orden público, la seguridad ciudadana o la convivencia y el civismo, sino al de la política y los derechos fundamentales.

El tercer capítulo de la LOPSC, referido al régimen sancionador, regula las infracciones, las sanciones y el procedimiento para impo-

²¹ Durante años, el Ayuntamiento de Ciudad Real ha pretendido cobrar por este tipo de usos del espacio público a organizaciones como Amnistía Internacional, en aplicación de la ordenanza que tasa los “puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos o atracciones situados en terrenos de uso público local e industrias callejeras y ambulantes”. Mostrando, eso sí, una gran sensibilidad, exigía el importe mínimo de la tasa, sin aplicar el coeficiente previsto por la ordenanza para conseguir el “efecto disuasorio de la tasa en evitación de peligrosidad o molestia para los vecinos”.

nerlas. La ley no incluye unos principios generales o bases limitadoras de dicho régimen sancionador, algo que se critica en general del derecho administrativo sancionador mismo: al contrario que el derecho penal, carece de una *parte general*, es decir, de un conjunto de normas generales que acoten, limiten y guíen la imputación de la infracción al infractor. La mayoría de los autores coinciden, en este sentido, en que las garantías fundamentales del derecho penal, tales como el principio de legalidad formal y material, los principios de culpabilidad, de proporcionalidad, de contradicción, de presunción de inocencia y de prohibición de la doble sanción por los mismos hechos, deben ser aplicables al régimen administrativo sancionador; la LOPSC sin embargo no solo no hace ninguna referencia a esos principios, sino que directamente “se aparta o abiertamente contradice tales principios” (Berlanga Ribelles, 1992; citado en Arana, Germán, 2008: 23). Una cuestión particularmente polémica ha sido, por ejemplo, el valor probatorio de las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad en el procedimiento sancionador, en relación con la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad. El artículo 37 de la LOPSC vendría a consagrar una *inversión de carga probatoria* (Berlanga Ribelles, 1992; citado en Arana, Germán, 2008: 25) que sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha considerado inconstitucional.

Además de la *excepcionalidad garantista*, otro elemento diferenciador entre la jurisdicción penal y la administrativa sancionadora es la *arbitrariedad en su utilización* (Arana, Germán, 2008: 32). Mientras que en el derecho penal no rige el *principio de oportunidad*, y todo descubrimiento de un hecho delictivo debería dar lugar a la apertura de procedimientos penales, en el ámbito administrativo sancionador la autoridad puede decidir incoar o no un expediente sancionador. Ello fortalece aún más la posición de la administración, y fomenta actitudes selectivas, paternalistas y abusivas; esto es aún más visible en el caso de la potestad sancionadora local, donde las infracciones tipificadas son tan amplias que son sistemáticamente no aplicadas, salvo a colectivos estigmatizados: pobres, prostitutas, inmigrantes, jóvenes, activistas, etc. Sin embargo, los recursos contra estas sanciones basados en la obvia vulneración del principio de igualdad tampoco han prosperado en

la jurisprudencia, que niega la existencia de un derecho a la *igualdad en la ilegalidad* (Casino Rubio, 2011: 749).

En materia de recursos, frente a las sanciones de la LOPSC cabe recurso de alzada y, una vez finalizada la vía administrativa, acudir al recurso contencioso-administrativo, que por lo general será la primera vez en la que un juez intervenga en el procedimiento. En el pasado, campañas organizadas por personas y colectivos relacionadas con el consumo de cannabis lograron aumentar notablemente el número de recurso de alzada presentados (Arana, Germán, 2008: 37). En cuanto a los recursos contencioso-administrativos, en ellos se plantea el obstáculo a veces insalvable de que es necesaria la representación de abogado, cuya minuta superará en muchas ocasiones la cuantía de la multa, al menos cuando ésta sea por infracciones leves. A esto hay que añadir ahora el efecto disuasorio de las tasas judiciales impuestas en 2012 en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. El control jurisdiccional de la LOPSC queda así muy debilitado en la práctica (Arana, Germán, 2008: 38).

La LOPSC se ha asentado, así, como el principal instrumento de represión de ciertos colectivos molestos, particularmente inmigrantes y manifestantes. Recientemente el gobierno ha manifestado su intención de reformar la ley para ahondar en esta línea represiva, prohibiendo tácticas de resistencia pacífica como la grabación de la actuación policial. Las asociaciones judiciales, incluido las conservadoras, se han pronunciado al respecto, considerando inconstitucional tal medida (Larrañeta, 2012). En cualquier caso, se puede considerar ya un éxito de las campañas de desobediencia civil el que ciertas autoridades hagan manifiestas y explícitas sus intenciones represivas, lo que genera una mayor movilización de la protesta y ahonda en el propio descrédito de esas autoridades. Lo mismo se puede decir, con las debidas cautelas, de la reforma penal en ciernes, un auténtico ejercicio de disciplina de clase (Terradillos Basoco, 2012) que, sin embargo, hace visibles y manifiestas las intenciones autoritarias de las élites políticas en la gestión de la protesta y la legítima disidencia. La despenalización de las faltas apunta, por el contrario, a formas más sutiles de burorepresión, que eviten o posterguen la intervención judicial y el régimen de garantías asociado a las formas manifiestas de represión penal.

2.2.2. Las ordenanzas locales de civismo y convivencia

Ya adelantábamos que junto a los tradicionales instrumentos administrativos sancionadores de protección del orden público y la seguridad ciudadana, en los últimos años hemos asistido en nuestro país a la emergencia de un nuevo ámbito de control social: el municipal, a través de ordenanzas y reglamentos de lo más diverso, pero con frecuencia denominadas *de convivencia* o *de civismo*. Las polémicas ordenanzas cívicas de Valladolid (2004) y sobre todo Barcelona (2005) abrieron la vía a una especie de *municipalización del orden público* (Barranco Vela, Bullejos Calvo, 2009) vestida de protección de valores cívicos y ciudadanos, pero con un fuerte énfasis en los aspectos sancionadores y represivos. La mayoría de las capitales de provincia, a día de hoy, han aprobado ordenanzas similares, regulando amplísimos espacios de la vida en el espacio público, muchos de ellos claramente vinculados al ejercicio de derechos fundamentales, “en un proceso mimético” anunciado por sus promotores como la solución definitiva al problema urbano (Casino Rubio, 2011: 745). En el contenido de estas ordenanzas de convivencia hay pocas diferencias relevantes, y la gran mayoría comparte la misma o muy similar estructura y previsiones (Casino Rubio, 2011: 745). El resultado: “tumbarse en el césped o en un banco, arrojar al suelo las cáscaras de pipas, un papel o un cigarrillo, escupir en la vía pública, patinar o simplemente jugar a la pelota, tocar el piano o el trombón en casa, cambiar los muebles de lugar o hacer reparaciones domésticas a la hora de la siesta o por la noche, dar un portazo o un grito, correr por el pasillo, regar las plantas del balcón, pasear en bikini o sin camiseta o, en fin, sacudir la ropa o las zapatillas por la ventana son ahora efectivamente conductas que, con las nuevas Ordenanzas de convivencia en la mano, pueden ser sancionadas. A poco que se observe podrá verse enseguida que el repertorio de ilícitos es efectivamente tan amplio y comprende comportamientos tan cotidianos, y hasta en ocasiones puramente reflejos, que no hay ciudadano, por escrupuloso que sea, capaz de no tropezar con alguno de ellos. De modo que nadie después de leer este tipo de Ordenanzas puede estar seguro de no cometer alguna infracción y, llegado el caso, de no ser sancionado por ello” (Casino Rubio, 2011: 749).

Por lo general, los medios se han acercado a esta emergencia de ordenanzas prohibitivas más desde cierto sentido de la estupefacción, cuando no desde cierta sorna²², que como a un problema de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que el debate sobre la represión ejercida por estos medios está menos presente que en el caso de la Ley de Seguridad Ciudadana y los discursos duros del orden público. Algunos de esos medios han participado activamente, de hecho, en generar el clima de opinión necesario para la aprobación de dichas normas (sobre el papel del diario *La Vanguardia* como promotor de la ordenanza de Barcelona, Larrauri Pijoan, 2007: 15). Sin embargo, se trata de un problema de derechos fundamentales. Como afirma Casino Rubio (2011: 765) “resulta difícil no ver en buena parte de las prohibiciones que tipifican estas nuevas Ordenanzas de convivencia comprometido el ejercicio de determinados derechos y libertades individuales. Es el caso señaladamente de la prohibición de ejercer la mendicidad o la prostitución en la vía pública. Pero también él de la prohibición de pasear en bikini o con el torso desnudo o, en fin, él de la prohibición de vestir determinadas prendas vinculadas a ciertas creencias religiosas. La conexión a simple vista de estas prohibiciones con el derecho fundamental a la libertad individual del art. 17.1, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 CE, y con la libertad religiosa del art. 16 CE parece evidente y justifica de sobra la pregunta de si efectivamente tales conductas individuales pueden ser prohibidas por simple Ordenanza municipal o, por el contrario, solo el legislador orgánico puede hacerlo”. Gracias en parte a la ausencia de un debate político que ha sido escamoteado, esta cuestión ha llegado raramente a los tribunales, y hasta muy recientemente la jurisprudencia la había despachado sin concederle mayor importancia²³.

La potenciación de la potestad sancionadora municipal en los últimos años resulta un fenómeno jurídico particular. El artículo 149.29 de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado y las policías autonómi-

²² “Ciudad Real: La ciudad prohibida”, YouTube.es (11/08/2009), disponible en: <<http://www.youtube.com/watch?v=mQoowwz5pls>> (consulta: 19/04/2013).

²³ Ver las Sentencias del TSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2009 y del TSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2006.

cas las competencias en materia de *seguridad pública*. Más importante aún: su artículo 81 establece que solo las leyes orgánicas, aprobadas por mayoría absoluta en el parlamento, pueden desarrollar y regular el régimen de derechos fundamentales y de libertades públicas. El artículo 25.1, además, establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, estableciendo por tanto la necesidad de una base legal, de una ley previa, para la tipificación de sanciones administrativas. Nada de eso ha limitado la expansión de las ordenanzas municipales de convivencia. Al contrario, la imposibilidad jurídica de que ordenanzas y reglamentos municipales, es decir, algunos de los instrumentos normativos de más bajo rango jerárquico en nuestro ordenamiento, puedan regular el ejercicio de derechos fundamentales, parece haber potenciado su importancia. Por la vía del *legalismo mágico*, la prostitución, la mendicidad, usos diversos del espacio público, del velo islámico integral, etc., han pasado a ser simples problemas de convivencia que cualquier ayuntamiento puede regular. Los discursos de la convivencia configuran así un pequeño estado de excepción, en el que se limitan derechos por la sencilla vía de su degradación a la categoría de actividades molestas. Se trata de una forma de *blanqueo legislativo* que permite esquivar el principio de legalidad de una manera similar a la descrita por algunos autores (Muñoz de Morales Romero, 2011: 249 y ss., lo denomina “fuera de juego legislativo”) en relación con la instrumentación del ordenamiento jurídico internacional para adoptar normas internas impopulares. A la inversa, el principio de legalidad se está escamoteando por abajo, recurriendo a los últimos escalones normativos del ordenamiento.

Históricamente, la autonomía normativa de los municipios se remonta lejos en el tiempo a través de las llamadas *Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno*. En la Alta Edad Media, inexistente un sentido de nación, cada población tenía con su derecho propio, un derecho totalizador que comprendía aspectos políticos, penales, procesales, civiles, administrativos (Embido Irujo, 1978: 42). Aunque la monarquía absoluta limitó esa autonomía, perduró en numerosas formas, y de hecho la Constitución de

1812, que dedicaba diversos preceptos a los municipios, reconocía entre otras competencias locales las referentes a policía sanitaria y seguridad y orden público (Barranco Vela, Bullejos Calvo, 2009: 2). Durante los siglos XIX y buena parte del XX se conservaron estas funciones de policía urbana, seguridad y orden público; comienza a partir de ese momento un proceso de estatalización. Durante la II República se aprueba, por ejemplo, el Reglamento de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, primera norma estatal en la materia, que iniciaba el proceso de trasvase al Estado de las competencias en materia de policía de espectáculos, aun respetando las potestades tradicionales de Alcaldes, del Director General de Seguridad en Madrid y de los Gobernadores Civiles en las capitales de provincia. El Gobernador Civil, precedente inmediato del actual Delegado de Gobierno, ampliaría progresivamente sus competencias en materia de orden público a lo largo de los siglos XIX y XX, consolidándose a lo largo del régimen instaurado tras la Guerra Civil (Barranco Vela, Bullejos Calvo, 2009: 3). El centralismo alcanza un punto álgido con el franquismo, que logró convertir los ayuntamientos y diputaciones en “meros ejecutantes de las órdenes de Madrid” (Embid Irujo, 1978: 382), instaurando el militarismo político en el funcionamiento administrativo, gracias particularmente a los Gobernadores Civiles, esas “maquinarias coactivas y siniestras, tentáculos de un centralismo aberrante que asfixiaba a base de sanciones y represión toda la vida espontánea de la sociedad provincial, ejemplos de burocracia perversa enemiga de cuanto significara libertad, expansión y alegría de vivir” que efectivamente supervisaban toda intervención de la Policía Armada y la Guardia Civil (López-Nieto y Mallo, 1997: 335-354).

Con la democracia y el reconocimiento constitucional de la autonomía local, las potestades normativas municipales recuperaron progresivamente terreno. Aun así, la línea jurisprudencial mayoritaria en el Tribunal Supremo se opuso durante mucho tiempo a que las ordenanzas municipales tipificaran autónomamente infracciones y sanciones, lo que dio lugar a la anulación de disposiciones de ordenanzas en procedimientos contencioso-administrativos por vulneración del principio constitucional de reserva de ley, y a la estimación de recursos contra sanciones impuestas en aplicación de ordenanzas (Pemán Gavín,

2007: 21). Todavía en 2001, por ejemplo, el Defensor del Pueblo vasco, en un informe en materia de legalidad sancionadora (Ararteko, 2002: 491-492), era contundente frente a las nuevas tendencias sancionadoras: “las administraciones locales deben revisar las ordenanzas municipales que recogen un régimen sancionador sin una ley previa que garantice el derecho de los ciudadanos a la legalidad sancionadora. Debemos hacer una especial mención a aquellas ordenanzas municipales de policía y buen gobierno que recogen y tipifican infracciones y sanciones basándose en consideraciones de tipo moral que pretenden prohibir acciones u omisiones de las personas. En concreto, cabe señalar entre esas actuaciones la prohibición de la mendicidad, del nudismo, del consumo de alcohol en la calle u otras consideraciones de alcance indeterminado, como la referencia a las buenas maneras o comportamientos decorosos. Esa policía de moralidad cuyo fundamento competencial se encuentra en normas preconstitucionales es una materia que queda al margen del ámbito competencial de los municipios y que requiere de un debate apropiado en sede parlamentaria, para situar las concreciones y limitaciones de las libertades que pretenda matizar a la luz de los derechos y libertades protegidos por el vigente orden constitucional. En cualquier caso, ante la falta de ley alguna que habilite a las administraciones locales a intervenir al respecto, las ordenanzas que regulen materias de moralidad ciudadana, previendo sancionar ciertas conductas, devienen nulas, en virtud del artículo 25.1 de la CE”.

La situación comenzó en esa época a cambiar, a partir de un cierto giro jurisprudencial²⁴, pero no fue hasta la configuración de un nuevo contexto legal, en particular con la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que las ordenanzas municipales surgen como el poderoso instrumento de control social que son hoy. Esta ley introdujo en la Ley de Bases de Régimen Local (LRBRL) un título (el XI: arts. 139 a 141), sobre “tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades locales en determinadas materias”, con el fin de satisfacer (así lo recoge la propia exposición de motivos) los requisitos del artículo 25.1 de la Constitución en materia

²⁴ Ver STC 132/2001, de 8 de junio, y STS de 29 de septiembre de 2003.

de legalidad sancionadora. El artículo 139 de la LRBRL estableció que, “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas”. Con eso, y con la sucinta clasificación de sanciones en los arts. 140 y 141 de la LRBRL, quedaba inaugurada la época de las ordenanzas de convivencia.

El objeto manifiesto de las ordenanzas cívicas queda bien reflejado en la exposición de motivos de la Ordenanza de Barcelona: “preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, encuentro y recreo con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida existentes en Barcelona”. Una búsqueda entrecomillada en Google revela hasta qué punto la fórmula barcelonesa se ha exportado a un sinnúmero de municipios, sin alteraciones (Casino Rubio, 2011: 746). Pero si éstas son las funciones manifiestas, no es difícil percibir cuáles son las funciones latentes que persiguen estas ordenanzas: imponer una determinada ideología del espacio público, de tintes excluyentes y represivos.

Quizás el más agudo crítico de esta ideología del espacio público ha sido Manuel Delgado, que ha analizado en distintos lugares (Delgado Ruiz, Malet Calvo, 2009; Delgado Ruiz, 2011) cómo estas ordenanzas, pese a ser defendidas como formas de promoción de la convivencia, en realidad son una manifestación más de las políticas de *tolerancia cero*, que favorecen “el establecimiento de un estado de excepción o incluso de un toque de queda para los sectores considerados más inconvenientes de la sociedad”. Se trata, según Delgado, de la “generación de un auténtico entorno intimidatorio, ejercicio de represión preventiva contra sectores pauperizados de la población: mendigos, prostitutas, inmigrantes. A su vez, estas reglamentaciones están sirviendo en la práctica para acosar a formas de disidencia política o cultural a las que se acusa sistemáticamente ya no de ‘subversivas’, como antaño, sino

de algo peor: de ‘incívicas’, en la medida en que desmienten o desacatan el normal fluir de una vida pública declarada por decreto amable y desconflictivizada” (Delgado Ruiz, Malet Calvo, 2009: 64). El civismo busca disciplinar un espacio urbano en el que no solo no se ha podido contener la ingobernabilidad, “sino donde ni siquiera se ha logrado disimular el escándalo de una creciente dualización social”. El idealismo del espacio público mantiene contra toda realidad “los valores morales de una clase media biempensante y virtuosa, que ve una y otra vez frustrado su sueño dorado de un amansamiento general de las relaciones sociales” (Delgado Ruiz, Malet Calvo, 2009: 64). En un sentido similar, López Petit (2009: 86) afirma que “el ciudadano, el buen ciudadano, es el que colabora y sigue al pie de la letra las consignas. ‘No hay que orinar en la calle’, ‘no hay que poner carteles o pancartas porque ensucian el espacio público’, etc. Las ordenanzas cívicas gestionan los comportamientos abarcando todo el ámbito de la vida social y lo hacen como una especie de infrapenalidad que llega donde el gran Derecho no alcanzaba. Su efecto principal es neutralizar lo político puesto que trata administrativamente, mediante multas, cualquier infracción. Esa igualación de todo acto –siempre es una infracción a las normas de convivencia– despolitiza radicalmente el espacio público”.

En otros países, como Inglaterra con sus *Anti-social Behaviour Orders* (ASBO), se ha resaltado que la represión administrativa de los comportamientos incívicos plantea, en comparación con los procedimientos penales, problemas en cuanto a la severidad de las multas y al inferior estándar de prueba (Larrauri Pijoan, 2007: 17). La mayoría de los juristas que en nuestro país han dedicado atención a las ordenanzas cívicas, con algunas excepciones (Casino Rubio, 2011: 748), se han mostrado favorables a las mismas, compartiendo la necesidad de retirar el derecho penal del ámbito de los ilícitos de relevancia menor, y de regular aspectos de la convivencia ciudadana desde instrumentos supuestamente más positivos y cercanos al ciudadano, como es supuestamente la normativa municipal (Pemán Gavín, 2007: 51). La ordenanza cívica de Barcelona fue de hecho obra entre otros del profesor de derecho constitucional Rafael Jiménez Asensio, por entonces Director de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona (Ji-

ménez Asensio, 2005). El resultado es un *sistema sancionador de nueva planta*, al que hay que reconocer el mérito de su pretensión de transversalidad y sistematicidad. En su afán despolitizador, la ordenanza evita usar no ya las expresiones “policía urbana” o simplemente “policía”, sino incluso la de “civismo”, cargada ya de connotaciones represivas; sus defensores destacan el énfasis de la ordenanza en la “convivencia”, las campañas educativas, el consenso, la “identificación en positivo los valores y derechos”, las “políticas activas y socio-asistenciales” (Pemán Gavín, 2007: 32-34), así como su reconocimiento de ciertas prácticas asociadas a la justicia restaurativa, como los trabajos en beneficio de la comunidad, la mediación, etc. Pero, con todo lo amable y bienintencionado del tono, es innegable el peso preponderante del aparato sancionador de la ordenanza. De esas amplias disposiciones sancionadoras Pemán afirma que “el ideal sería incluso que no se aplicaran en absoluto”, pero aunque él mismo apunta ciertas dudas sobre la validez de su base legal (Pemán Gavín, 2007: 51, 45) mantiene una perspectiva favorable a las mismas.

Las iniciativas legales para impugnar o declarar inconstitucionales estas ordenanzas (hacer manifiestos, en definitiva, sus fines latentes) ha tenido, al menos hasta muy recientemente, poco éxito. Se puede decir que, además de aplaudidas por la doctrina, han sido confirmadas por los Tribunales. Sin embargo, el clima de creciente contestación social y las campañas de desobediencia podrían provocar un giro en el proceso. Recientemente, en febrero de 2013, el Tribunal Supremo (STS de 14 de febrero de 2013) declaró ilegales las disposiciones de la ordenanza municipal de civismo y convivencia de Lleida que prohibían el uso público del velo integral, afirmando entre otras cosas que “la insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse por las posibilidades normadoras de las ordenanzas municipales”, y recordando la necesidad de interpretar el concepto de orden público a la luz del ordenamiento internacional, y en particular de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Anteriormente el TSJ de Cataluña había fallado que prohibir por vía de ordenanza el velo integral no vulneraba el derecho a la libertad religiosa porque “el ocultamiento

del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad [ciudadana]” (Casino Rubio, 2011: 766). El éxito de la impugnación de esos artículos de la ordenanza, en un proceso que ha durado tres años, puede abrir nuevas vías de resistencia y contestación en el plano jurídico.

2.3. CIUDADES DE EXCEPCIÓN

A lo largo de este artículo he querido subrayar varios aspectos por los cuales los mecanismos de burorepresión de la protesta social pueden ser particularmente perniciosos. Se puede decir que todos ellos tienen en común el responder a una lógica de reforzamiento del poder ejecutivo y a un contexto en el que, como recuerda Serrano–Piedecasas Fernández (1988: 82) citando a Ferrajoli, “el principio de legalidad se ha visto desmentido por la autonomía de los aparatos”. Podemos formular en este sentido algunas hipótesis:

A. *El derecho administrativo sancionador permite esquivar los límites que el principio de legalidad impone al derecho penal.* El principio de legalidad implicaba para los ilustrados la necesidad de que la determinación de lo que es delito tuviera que someterse a requisitos de publicidad y deliberación política al más alto nivel, el de la ley. Se trata de un requisito que busca dificultar el proceso de crear normas penales y, al vincularlo al consenso de mayorías parlamentarias, limitar la arbitrariedad en la producción legislativa. En caso de no evitar esas arbitrariedades, al menos la exigencia de legalidad centraliza la responsabilidad por las mismas en una autoridad visible: el legislador, el poder legislativo, el parlamento, el partido gobernante. El principio de legalidad en el pensamiento liberal impone además otro límite al derecho penal: el de *proteger bienes jurídicos*, bienes lo suficientemente relevantes como para justificar la intervención penal. La pretensión municipal de ordenar la vida ciudadana hasta en sus últimos detalles ignora obviamente este límite, aunque a veces, como señala Casino Rubio (2011: 755), pretenda emular hacerlo apelando a intereses de todo tipo. La frecuente concurrencia de sanciones penales y administrativas pone igualmente en entredicho el principio de *non bis in idem*, que prohíbe la doble sanción.

Una de las razones por las que el derecho penal administrativo escapa a un régimen de garantías equiparable al penal es la distinta consideración social y jurídica de la multa frente a las penas privativas de libertad. El artículo 25.3 de la Constitución establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, lo que ha mantenido al derecho administrativo al margen de la prisión (con la alarmante excepción de la reclusión administrativa de inmigrantes). En cuanto a la multa, la jurisprudencia ha entendido que no necesariamente afecta a derechos fundamentales, por lo que no sería necesaria la ley orgánica para regularla. Por lo demás, solo hay que leer la ordenanza de Barcelona para percatarse de hasta qué punto el derecho administrativo dispone de un amplio repertorio de mecanismos coercitivos más allá de las sanciones pecuniarias.

Una posible vía de resistencia jurídica frente a este problema pasa por reivindicar *el derecho a la legalidad sancionadora* a través por ejemplo de *cuestiones de ilegalidad* y de *inconstitucionalidad* en el curso de recursos contencioso-administrativos. Otra, quizás potencialmente más eficaz, es exigir responsabilidad patrimonial a los ayuntamientos por el incumplimiento de sus propias ordenanzas, algo a lo que ha dado respaldo la jurisprudencia (Casino Rubio, 2011: 751-752). Además de por afectar al bolsillo de los ayuntamientos, puede ser particularmente efectivo por permitir reclamar el cumplimiento de las ordenanzas por parte de colectivos distintos a los que de manera latente están destinadas. De nuevo utilizando un ejemplo ciudadrealita, cuando las cofradías de semana santa de esta localidad se percataron de que la recién aprobada ordenanza de limpieza podía granjearles sanciones por ensuciar el pavimento urbano con la cera de sus cirios pascuales, el Ayuntamiento se vio obligado a afirmar que ese artículo en concreto era un error que *se les coló* en el texto que mandaron al Boletín Oficial de la Provincia, y que no tenían intención de incluirlo²⁵. La responsabilidad

²⁵ Ver “Zamora denuncia la ‘cortina de humo’ del PP respecto a la restricción de la cera”, disponible en: <http://www.latribunadeciudadreal.es/noticia.cfm/Local/20090811/zamora/denuncia/cortina/humo/pp/respecto/restriccion/cera/061ABFAB-1A64-968D-59997A71627BC380> (consulta: 19/04/2013).

patrimonial también es una vía a explorar en el ámbito de daños causados en el ámbito de la seguridad ciudadana (Torre de Silva y López de Letona, 2013).

B. *El derecho penal administrativo permite descentralizar la potestad sancionadora.* Se trata más bien de una *centralización descentralizada*, pues el ejecutivo, a través del propio sistema jerárquico de la administración (Delegados y Subdelegados de Gobierno a nivel regional y provincial) o de los partidos políticos (autoridades locales), mantiene la capacidad de control sobre las prácticas de sanción. Para hacer retroceder el sistema sancionador puesto en marcha a través de las ordenanzas a lo largo del país habría que impugnar decenas de ordenanzas distintas. La impugnación no es precisamente sencilla (Rebollo Puig, 2000) y, con frecuencia, la única manera es indirecta, ser sometido a sanción para agotar la vía administrativa y encadenar recursos hasta alcanzar la sede judicial pertinente (ya vemos que ha tenido que ser el Tribunal Supremo el que derogue una disposición de la ordenanza de Lleida). Una alternativa sería promover la reforma o derogación de las disposiciones habilitantes de la Ley de Bases de Régimen Local. Ilustrativas también de esta descentralización de las funciones policiales son las disposiciones de la ordenanza de Barcelona sobre la colaboración los denominados *agentes cívicos*, que indisimuladamente promueven la delación ciudadana (Pemán Gavín, 2007: 42).

C. *El procedimiento administrativo sancionador permite retrasar la intervención del juez.* Mientras que en el ámbito penal el juez interviene aun tratándose de infracciones menores (faltas), en el proceso administrativo habrá de agotarse la vía administrativa antes de poder acudir a un recurso judicial (el contencioso-administrativo), para el que, además, al contrario que en un juicio de faltas, hará falta ser representado por abogado y hacer frente al pago de las nuevas tasas judiciales, destinado a desincentivar el recurso a la justicia. La fase administrativa, que hay que agotar antes de acudir al juez, estará caracterizada con demasiada frecuencia por defectos de procedimiento, respuestas genéricas a las alegaciones, falta de motivación, etc. (Arana, Germán, 2008: 41). Una suerte de *habeas corpus* para quien ha sido sancionado o limitado en el ejercicio de derechos fundamentales por la vía administrativa es

el recurso al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, regulado en la Ley 29/1998.

D. *El derecho administrativo sancionador permite evadir otras garantías, como los principios de culpabilidad o proporcionalidad.* Uno de los principios clásicos del derecho penal, el de *culpabilidad*, prohíbe la imposición de una pena a quien no es responsable de los hechos, bien por no haberlos cometido o por concurrir en su persona circunstancias personales que impidan reprocharle su comportamiento. En el derecho administrativo sancionador sin embargo encontramos formas de *responsabilidad objetiva*: algo así ocurre con lo que la ordenanza de Barcelona dispone acerca de la responsabilidad de padres, tutores o guardadores por ciertos comportamientos de quienes están bajo su tutela (Pemán Gavín, 2007: 46-47). También encontramos ejemplos en la LOPSC: por ejemplo, estipula un concepto de “organizador o promotor” enormemente amplio, que abarca incluso a los meros “inspiradores”, y les hace responsables del “buen orden de las reuniones y manifestaciones”, de cumplir con los requisitos de comunicación previa, y del incumplimiento de las condiciones impuestas por la autoridad gubernativa. Gracias el artículo 23 c) de la LOPSC, *el procedimiento de comunicación previa implica para los comunicantes asumir el riesgo de ser hecho responsable de los comportamientos de otras personas*, algo ciertamente arriesgado cuando se trata de convocatorias de manifestación en las que participan no pequeños grupos de afinidad, sino cientos, miles o decenas de miles de personas. Es innegable que esto desincentiva el procedimiento mismo de comunicación y el propio ejercicio del derecho. Se convierte, así, en una vía represiva más (Comisión Legal Sol, 2013).

En relación al *principio de proporcionalidad*, hay que destacar que los “organizadores o promotores” (algo que, como vemos, puede ser cualquier persona medianamente involucrada en la convocatoria) pueden ser sancionados con una multa de cuantía entre un mínimo de 300,52 euros y un máximo de 30.050,61 euros. La recepción de notificaciones de apertura de un procedimiento sancionador que anuncian posibles sanciones máximas de 30.000 euros por “organizar o promover” una convocatoria no comunicada, por mucho que ésta fuera del todo pacífica y no provocase alteración alguna del orden, se ha convertido en algo

frecuente²⁶ que supone una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad. Tales expedientes acaban con frecuencia en nada, pero sin duda surten o buscan surtir un fuerte efecto de desincentivo de la convocatoria de protestas y la participación en las mismas.

También el *principio de presunción de inocencia* es simplemente ignorado por algunas disposiciones sancionadoras administrativas. Valga el ejemplo de la *medida cautelar* contemplada en el art. 83.3 de la ordenanza de Barcelona, aplicable a los infractores que no tengan su residencia habitual en el territorio español, que constituye una ejecución de la sanción anticipada incluso a la propia resolución administrativa, que de hecho parece condicionarse al pago por adelantado de la cuantía estipulada en la ordenanza (Pemán Gavín, 2007: 49).

E. *Las funciones simbólicas del derecho administrativo sancionador son objeto de mucha menor atención que en el caso del derecho penal.* No existe un debate político-criminal o criminológico en torno al derecho administrativo sancionador, al menos no con el alcance con que existe en el ámbito penal. Y sin embargo, en el ámbito sancionador encontramos claras influencias de los discursos de la *tolerancia cero*, de las *ventanas rotas*, de otros discursos excluyentes propios de nuestra época, que buscan reprimir los conflictos sociales y hacer olvidar las viejas aspiraciones de resolverlos (Cutíño Raya, 2009; Larrauri Pijoan, 2007). Tampoco en relación al derecho penal administrativo se habla de las *funciones simbólicas ilegítimas* que cumple, algo más frecuente en materia penal. Y ello a pesar de lo llamativo que resulta cómo las concepciones del orden público y de la convivencia reflejadas en nuestras normas administrativas reproducen y retroalimentan estereotipos y categorías estigmatizantes habituales en el discurso mediático. Los manifestantes son *perroflautas*, un término peyorativo ligado a ciertas formas de mendicidad; sus acampadas son desmanteladas por los servicios de limpieza municipales; sus octavillas, carteles, instalaciones, acampadas, son *basura*. Las ideologías del orden público, la convivencia

²⁶ Ver "Puertollano: Abren expedientes sancionadores a miembros del 15-M por no comunicar la celebración de una asamblea ciudadana", MiCiudadReal.es (04/09/2011), disponible en: <<http://www.miciudadreal.es/2011/09/04/puertollano-abren-expedientes-sancionadores-a-miembros-del-15-m-por-no-comunicar-la-celebracion-de-una-asamblea-ciudadana/>> (consulta: 19/04/2013).

y el espacio público que permean nuestra normativa administrativa excluyen y generan chivos expiatorios, producen sus propios enemigos. Por otra parte, la burorepresión cumple claramente la función simbólica ilegítima de *desincentivar* el ejercicio de derechos fundamentales, a la vez que políticamente se satisfacen las pretensiones autoritarias de ciertos sectores de la población, que incluyen a grupos acomodados que temen por sus privilegios y personas que han asumido los estereotipos estigmatizantes difundidos por los medios. El mero espectáculo de la suspensión de un derecho fundamental por vía de una ordenanza municipal cumple un efecto amenazante: es una declaración de hostilidad, una demostración de que las autoridades pueden ir “hasta donde permite la ley y un poco más allá”, como afirmó el conseller de Interior, Felip Puig (Martín García, en este mismo volumen). La burorepresión *anuncia la posibilidad de una escalada de excepcionalidad*. Además, la burorepresión, como la represión directa, genera en los colectivos y grupos tendencias a volcar demasiado su atención en la seguridad, desconfiar de las formas abiertas y horizontales, y en general resulta corrosiva y desmovilizante a efectos internos (Fernandez, 2008: 9 y ss., sobre la *soft repression*). Los efectos desincentivantes de la represión sobre la convocatoria futura de manifestaciones han sido contrastados en diversos estudios, aunque las dinámicas entre represión y movilización son ciertamente complicadas (Earl, 2011; Oliver Olmo, 2009b).

2.4. CONCLUSIONES. “POR UNA LIBERTAD TURBULENTA”

La función simbólica e ideológica de la burorepresión es más preocupante que sus efectos directos. La labor de asambleas y grupos de apoyo jurídico, como la Comisión Legal de Sol, creando cajas de resistencia, coordinando la respuesta jurídica contra las sanciones, elaborando guías, y en general haciendo suya la carga burorepresiva, no solo resulta imprescindible para ayudar a superar los casos concretos sino, sobre todo, para contrarrestar los efectos simbólicos de la burorepresión.

El derecho y el pensamiento jurídico pueden también cumplir un papel en contrarrestar esos efectos. A menudo, desde posiciones políticas sinceramente transformadoras, se desprecia lo jurídico como un mero instrumento de represión en manos de las élites. Decía Victor Ser-

ge (1925) que éste era el reverso del “fetichismo de la legalidad”, y que a menudo se manifestaba entre los buenos revolucionarios, pero que las ventajas de la legalidad burguesa eran para el movimiento obrero “tanto más reales cuanto menos ingenuo se es”. No hay duda de que las transformaciones reales nacen de la política para precisamente trascender el marco jurídico establecido, pero hay mucho que ganar asumiendo que todo ordenamiento jurídico es contradictorio, y que cumple funciones manifiestas y latentes, que con frecuencia conviven en tensión.

La resistencia jurídica a la burorepresión pasa por reivindicar y fortalecer los mecanismos de control constitucional de la potestad sancionadora: “todo ejercicio del poder punitivo latente (o eventual) debe ser controlado por los jueces para que adopte la forma manifiesta o para hacerlo cesar (a través de recursos o acciones de inconstitucionalidad, amparo o habeas corpus)” (Zaffaroni, 2009: 16–17). Si se consigue hacer manifiesto lo latente, la eficacia de la burorepresión quedará mermada. Sin negar la naturaleza opresiva del derecho, se trata de reivindicar lo que los movimientos emancipatorios históricos lograron dejar plasmado en el pensamiento constitucional. Fórmulas clásicas como el derecho a la legalidad sancionadora o el derecho de resistencia frente a la arbitrariedad y la opresión (Vitale, 2012; Gargarella *et al.*, 2005; Lucas Martín, Añón Roig, 2012) forman parte de ese acervo constitucional popular, que nos remite también a las primeras declaraciones de derechos y libertades (Pisarello, 2011; Linebaugh, 2013). Nuevos conceptos como el del *derecho a la ciudad* (Harvey, 2013) pueden también servir para contrarrestar las ideologías excluyentes del espacio público.

Al margen de concebir los derechos fundamentales como *derechos de resistencia frente al Estado* (STS 10318/1993, STS 743/1993, STS 15197/1993), creo que también hay espacio en la respuesta jurídica para la expansión del horizonte de los derechos, y no solo para la resistencia. Quiero hacer especial alusión a la fórmula jurisprudencial del *efecto desaliento* (Bailone, 2010; Demetrio Crespo, 2013: 28–29), importada del derecho anglosajón al continental recientemente (STC 198/2004, de 15 de noviembre; STC 42/2000, de 14 de febrero; SSTC 39/2005, de 28 de febrero, o 196/2002, de 28 de octubre). Un aspecto llamativo de esta fórmula es que no solo reconoce la obviedad de que *nadie puede ser*

sancionado por el ejercicio de un derecho fundamental, algo reiterado en nuestra jurisprudencia constitucional: además, se ha de prohibir, por ser desproporcionado en una sociedad democrática, sancionar también el *ejercicio excesivo de un derecho*, cuando esta sanción pudiera desalentar el ejercicio *legítimo* del mismo en el futuro. Se amplía, así, el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales, prohibiendo la sanción de conductas que *per se* no están amparadas por el ejercicio de un derecho, y abarcando nuevas parcelas. Creo que este tipo de construcciones pueden cumplir funciones importantes en asentar jurídicamente lo que logra la movilización social y las campañas de desobediencia civil. Cuando la cuestión no es tanto la legalidad de los escraches (Paredes Castañón, 2013), sino si al sancionarlos se desincentivaría el ejercicio futuro del derecho a la protesta, parece que el principio *favor libertatis* gana cierta ventaja argumentativa.

En la manifestación ante el congreso del 29 de Septiembre de 2012, las cargas policiales hacían retroceder a los manifestantes; pero estos, al poco, volvían a avanzar sobre el terreno que les separaba de la policía. Esa distancia era un *terreno de nadie*, y también hay terrenos de nadie en el ámbito de los derechos. La represión y la sanción no deben esperar a quien se sitúa justo en la frontera de donde termina el ejercicio del derecho, ni invadir sus dominios; eso es lo que ha hecho el derecho administrativo sancionador, *infiltrarse* en ese ámbito para reprimir de incógnito. Pero las fronteras donde empiezan y terminan los derechos son difusas, y su determinación depende de la intensidad con la que los titulares de los derechos se movilizan en su ejercicio. “En cualquier sociedad jerarquizada existe un conjunto de límites a lo que [...] los dominadores y los subordinados pueden hacer [...] Lo que ocurre, sin embargo, es una especie de constante tanteo para averiguar hasta dónde pueden llegar impunemente y para descubrir los límites de la obediencia y la desobediencia” (Scott, 2000: 227).

Todo parece indicar, burorepresión aparte, que el gobierno no abandona la vía de la represión penal de la protesta. En el contexto del

proceso desconstituyente que vivimos, nuestras élites se han arriesgado tan adentro en ese tanteo, que están a poco de hacernos recordar a todos, incluso a los jueces, que, como una vez proclamó el redactor del Código Penal Bávaro de 1813, “es preferible una libertad turbulenta a una esclavitud apacible” (Feuerbach, 2010: 136; Castillo Morales, 2011: 284).