



Roj: **STS 901/2022 - ECLI:ES:TS:2022:901**

Id Cendoj: **28079120012022100197**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2022**

Nº de Recurso: **776/2021**

Nº de Resolución: **220/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 220/2022**

Fecha de sentencia: 09/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 776/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 776/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 220/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del condenado **DON Jose Enrique**, contra la Sentencia núm. 37/2021, dictada el 27 de enero, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección segunda, en el rollo de apelación 77/2021, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la sentencia núm. 296/2020, de 14 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gandía, por la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de **desobediencia grave** a agente de la autoridad, previsto y penado en el art. 556 del Código Penal. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el condenado **DON Jose Enrique**, representado por el Procurador de los Tribunales don Alberto Docón Castaño y defendido por el Letrado don Andrés Zapata Carreras. Es parte **el MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Gandía incoó procedimiento abreviado núm. 444/2020, por presunto delito de resistencia o **grave desobediencia** a la autoridad y agentes, seguido contra Jose Enrique. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gandía, que incoó PA 312/2020 y, con fecha 14 de octubre de 2020, dictó Sentencia núm. 296 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la prueba practicada ha resultado probado y así se declara que Jose Enrique, mayor de edad, con DNI NUM000 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el 1 de abril de 2020 sobre las 19:10h se encontraba en la vía pública en la calle Muntanya esquina con C/Nou de Gandía, sin justificación legal para ello y pese a haber sido requerido esa misma tarde por Agentes de la autoridad, de que conforme el RD 463/20 de 14 de marzo debía permanecer en su domicilio, habiendo procedido a sancionarlo administrativamente, volviéndose a encontrar al acusado en el mismo lugar dos horas después, y tras volverle a requerir para que se marchara a su domicilio, el acusado se negó a ello, con claro menosprecio a la autoridad, aludiendo a que tenía derecho a fumar un cigarro en la calle y que cuando acabase se marcharía, siendo advertido de que de, continuar en su actitud, podría incurrir en un delito de **desobediencia**, procediendo finalmente a su detención por tal motivo".

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENO a Jose Enrique por considerarlo penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de **DESOBEDIENCIA GRAVE** a agente de la autoridad, previsto y penado en el art 556 CP, a la pena de 8 meses de multa con una cuota diaria de 5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente al acusado, previniéndoles que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la fecha de notificación.

Notifíquese, incluyendo, en virtud del artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los ofendidos y perjudicados por el delito; expídanse los testimonios para su remisión a los órganos oportunos; y practíquense las anotaciones oportunas en los Registros telemáticos.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal de Jose Enrique, presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección segunda, formándose el rollo de apelación 77/2021. En fecha 27 de enero de 2021, la citada Audiencia dictó sentencia núm. 37, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de ALBERTO DOCON CASTAÑO en nombre y representación de Jose Enrique.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Remítase testimonio de la presente a la Ejecutoria 44/2016 de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia y a la Ejecutoria dimanante del procedimiento abreviado seguido con el nº 515/2015 del Penal nº 1 de Gandía a los efectos legalmente procedentes.



Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su ejecución.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo".

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia, la representación procesal del aquí recurrente anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso de casación formalizado por Jose Enrique se basó en el siguiente motivo:

Motivo único.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 556 del Código Penal (**desobediencia grave**).

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2021, se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal. Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión del mismo mediante providencia, en razón de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 7 de abril siguiente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 4 de febrero de 2022, se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 8 de marzo de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se construye sobre la base de un solo motivo de impugnación, canalizado a través del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida aplicación de lo previsto en el artículo 556 del Código Penal (**desobediencia grave** a la autoridad o a sus agentes, en el ejercicio de sus funciones).

Reproduciendo, en sustancia, las quejas que ya sostuvo, sin éxito, en su recurso de apelación, viene a reiterar la defensa del acusado ante nosotros que, a su parecer, no existió advertencia previa por parte de los agentes de la autoridad acerca del posible alcance que para Jose Enrique podría representar desatender la orden emitida. Esta primera queja enfrenta, sin disimulo, el relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada, en la medida en que en éste se afirma: "*siendo advertido de que, de continuar en su actitud, podría incurrir en un delito de **desobediencia**, procediendo finalmente a su detención por tal motivo*". Desborda, de este modo la protesta, los límites que determina el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando exige que la pretendida infracción denunciada se sujete a los hechos que hubieran sido declarados probados en la sentencia que se impugna ("*dados los hechos que se declaren probados*", determina el mencionado precepto).

Por otro lado, discurre extensamente la parte que ahora recurre acerca de que, en su consideración, nunca podría reputarse como **grave la desobediencia** referida, destacando que el acusado se encontraba a escasos metros de su domicilio, siendo su único propósito el de fumar un cigarro en la vía pública y marcharse después. Observa, además, que aproximadamente dos horas antes, había sido requerido por los agentes para que abandonara la vía pública por esta misma razón, siendo que en aquella primera oportunidad únicamente resultó propuesto para sanción administrativa sin que, conforme explica el recurrente, la mera reiteración de infracciones de aquella naturaleza, sin mayores aditamentos, pueda trasmutar su naturaleza originaria, convirtiendo la repetición de la conducta administrativamente ilícita en delictiva.

**SEGUNDO.-** Este Tribunal ha tenido oportunidad de perfilar los elementos que conforman el delito de **desobediencia grave** al que se refiere el artículo 556 del Código Penal. Así, puede leerse, por todas, en nuestra reciente sentencia número 560/2020, de 29 de octubre: <<Respecto al delito de **desobediencia** previsto en el art. 556 CP supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente ( SSTS 1095/2009, de 6-11; 138/2010, de 2-2). Son, por tanto, sus requisitos:

- a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanada de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales.
- b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso



que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de **desobediencia**, caso de incumplimiento.

c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca ( STS 263/2001, de 24-2) si bien aclarando que ello ...también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer ( STS 485/2002, de 14-6). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la **desobediencia** adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible "la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran su voluntad rebelde" ( STS 1203/97, de 11-10).

Conviene tener presente -así lo precisábamos en la STS 54/2008, de 8-7" que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el tribunal a quo denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos expresos o tácitos".

**TERCERO.-** 1.- En el caso, es claro que el acusado se encontraba el pasado día 1 de abril de 2020 en la vía pública, "sin justificación legal para ello". Esta conducta antijurídica, que determinó el mandato de los agentes de la autoridad para que regresara a su domicilio, traía causa, como también se explica en el relato de hechos probados, de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Dicho Real Decreto, dictado inicialmente con una vigencia de quince días, resultó prorrogado hasta el 12 de abril de 2020 por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo. Más en concreto, en el artículo 7.1 de dicha norma se establecía que, durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podían circular por las vías de uso público con determinados fines, sin que el acusado se hallara en el marco de ninguno de ellos, siendo su propósito, conforme él mismo explicó a los agentes, fumarse un cigarro, ya que en su casa no podía hacerlo.

2.- Fácilmente se comprenderá, por eso, que resulte ineludible en el marco del presente recurso y a los efectos de determinar la correcta calificación jurídica de la conducta que protagonizó el acusado, traer a colación aquí lo resuelto en la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, número 148/2021, de 14 de julio, a la que, evidentemente, no se alude en el recurso de casación ni en la impugnación realizada por el Ministerio Público, documentos ambos de fecha anterior al dictado de aquélla.

La mencionada sentencia, pronunciada por el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales, cuyas decisiones resultan vinculantes para los Jueces y Tribunales, en lo que respecta a la exégesis de los preceptos y principios constitucionales ( artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se encarga de precisar, primeramente y por lo que ahora importa, que la misma tenía por objeto resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra las siguientes disposiciones: (i) artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Seguidamente, y como por otro lado resulta de fácil entendimiento, la sentencia comentada añade que el recurso que resuelve se dirige también contra los Reales Decretos 476/2020, 487/2020 y 492/2020, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma. Su único objeto es, pues, la extensión de la vigencia temporal de este estado de crisis, por remisión a las medidas contempladas para el mismo en el real decreto que procede a su declaración. Por esta razón, resultan imputables a estas normas idénticos reproches constitucionales a los dirigidos contra el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, resultarán también extensibles a los mismos los pronunciamientos contenidos en la sentencia, sin que ello haga preciso su examen pormenorizado.

3.- Empieza por afirmar en la resolución comentada el Tribunal Constitucional que: <<La declaración de un estado de alarma no consiente la suspensión de ninguno de los derechos de tal rango (que sí cabe para determinados derechos en el supuesto de proclamación del estado de excepción o el de sitio, conforme a los arts. 55.1 y 116.3 y 4 CE), pero sí "la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones" a su ejercicio ( STC 83/2016, FJ 8), que habrán de atemperarse a lo prescrito en la LOAES y a las demás exigencias que la Constitución impone...

...lo que habrá de analizarse aquí es si las limitaciones o restricciones incluidas en la norma impugnada exceden el alcance constitucionalmente posible del estado de alarma; lo cual supondría, sencillamente, una



vulneración de los derechos afectados. Por consiguiente, serán las normas constitucionales, que enuncian los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, las que han de ser interpretadas en concordancia con las que, en la propia Constitución, prevén y disciplinan el estado de alarma>>.

Enfrentado con esta cuestión, el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales, observa: <<El alcance y límites de las posibles constricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el estado de alarma quedan pues determinados en la Constitución por algunos rasgos básicos. En primer lugar, el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis ( art. 116.1 y 2 CE). Por otra parte, esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los anteriores requisitos, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten>>.

Aclarando qué debe ser entendido por "suspensión" de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, observa: <<La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico>>.

Ya por lo que, en particular, respecta al contenido del artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prorrogado hasta el día 12 de abril, por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, norma habilitante de la orden que el aquí acusado desatendió, la sentencia 148/2021, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Constitucional, determina que: <<...El número 1 de este art. 7, según la redacción resultante del Real Decreto 465/2020, dispone que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las actividades que se relacionan; actividades que, además, "deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada". El listado que esta regla contiene consta de seis puntos que, según la demanda se restringen a lo que permitiría la "pura subsistencia de la ciudadanía"; y concluye con dos cláusulas generales, en las que se permite la circulación por causa de fuerza mayor o situación de necesidad [punto g)], o para cualquier otra actividad de análoga naturaleza a las expresamente relacionadas [punto h)]...>>

...La impugnación, así acotada, se fundamenta en la supuesta infracción del artículo 55.1 CE, así como de la LOAES, en relación -se dice- con determinadas normas declarativas de derechos fundamentales ( artículos 19, 17, 21 y 25 CE). Como ya se ha dicho, no obstante, el art. 55.1 CE no constituye canon de constitucionalidad en sentido estricto, habida cuenta de que dicho precepto no resulta de aplicación en los supuestos de estado de alarma; su cita resulta pertinente aquí a los solos efectos de excluir la posibilidad de suspensión de derechos, únicamente admisible en los casos de declaración de los estados de excepción y sitio. Y la invocación de la LOAES es relevante, estrictamente, para apreciar si esa Ley Orgánica consiente la restricción de tales derechos fundamentales en un estado de alarma: de no ser así, la inconstitucionalidad vendría dada por la afectación, sin soporte legal, del respectivo derecho. Si, por el contrario, la LOAES permitiera en abstracto una limitación de ese género, habría que considerar si la medida concretamente controvertida llega a suponer la suspensión del derecho afectado o si, en caso contrario, es desproporcionada a la vista de las circunstancias.

Procede a continuación descartar los siguientes reproches que se dirigen al precepto impugnado:

a) Los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no infringen el artículo 17.1 CE, pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva. La libertad garantizada por este precepto es "la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción" ( STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4) y solo puede hablarse de su privación, en el sentido del artículo 17.1 CE, cuando "de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita" ( STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). No es este el caso del precepto controvertido; el art. 7 restringe la licitud de los desplazamientos a determinados supuestos, fuera de los cuales la persona no queda privada de esta libertad que la demanda invoca, como subraya -lógicamente, en otro contexto- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada decisión de 13 de abril de 2021, asunto Terhe<sup>o</sup> c. Rumanía, § 42 y 43.

b) Debe excluirse asimismo que la controversia sobre este artículo 7 guarde relación objetiva con los derechos y garantías que, en materia sancionatoria, establece el artículo 25 CE, cuyos apartados 1 (principio de legalidad) y 3 (exclusión de sanciones privativas de libertad por la administración civil) invocan los recurrentes. Baste con recordar que el artículo 25, en aquellos apartados, es de aplicación únicamente respecto de normas, medidas o decisiones que tengan una "finalidad represiva, retributiva o de castigo" ( STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8); presupuesto que no concurre en el presente caso>>.



Desechadas estas objeciones iniciales, el Tribunal Constitucional determina, sin embargo: <<Una vez descartadas las anteriores infracciones constitucionales, procede entrar en el examen de la posible vulneración por este art. 7, de los derechos fundamentales enunciados en el párrafo primero del artículo 19 CE, de conformidad con el cual "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional">>. Y al respecto, añade: <<Ello conlleva que la limitación por defecto de la libertad deambulatoria consignada en el artículo 7 sería inconstitucional si, por entrañar una cesación de este derecho fundamental, solo pudiera adoptarse mediando tal suspensión de vigencia del mismo. Para determinar esta controvertida cuestión procederemos a analizar en qué consiste la limitación que prescribe el art. 7 y hasta qué punto procede calificarla de constricción tan intensa de esa libertad constitucional que solo cabe mediando la suspensión de su vigencia.

En lo que aquí ahora interesa destacar, es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las "vías o espacios de uso público" a los que se refiere el artículo 7.1, con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios. Y esto es, precisamente, lo que queda en general cancelado mediante la medida que se controvierte, pues los apartados 1 y 3 de ese artículo acotan las finalidades que pueden justificar, bajo el estado de alarma, la circulación por esos ámbitos de ordinario abiertos; mientras que el número 5 habilita al ministro del Interior a cerrarlos con carácter general. Y ello, aun cuando el acotamiento concluya con dos cláusulas generales ["fuerza mayor o situación de necesidad", o cualquier "otra actividad de análoga naturaleza", en los puntos g) y h)], y al margen de que la relación de "actividades" excluidas de la limitación no constituya, conforme al propio real decreto, un exhaustivo numerus clausus.

Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad ("podrán") de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad ("únicamente [...] para la realización" de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias ("individualmente", de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de "circular por las vías de uso público", y la "única" salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h)) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite "limitar" para el estado de alarma ["la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados": art. 11, letra a)].

Tal restricción aparece, pues, más como una "privación" o "cesación" del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una "reducción" de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de forma generalizada, para todas "las personas", y por cualquier medio. La facultad individual de circular "libremente" deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto.

Así las cosas, el tribunal no puede compartir la tesis del abogado del Estado, para quien esta medida no haría "irreconocible" el derecho y resultaría acorde con la garantía que enuncia el artículo 53.1 CE frente a cualquier regulación legislativa del ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Norma fundamental. A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término "suspensión", parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritos como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de "suspensión" utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter "meramente" restrictivo, y no suspensivo.

Adicionalmente, tal vaciamiento de este derecho comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica.



El derecho fundamental a "elegir libremente la propia residencia" también contemplado en el art. 19.1, párrafo primero, CE, aunque presenta perfiles propios, tiene una estrecha vinculación con el propio derecho a la libertad de circulación, razón por la cual le resultan aplicables los argumentos que acaban de exponerse. Su contenido constitucional es, en términos positivos, el derecho a elegir la localización del propio lugar de residencia, con respeto a las normas generales; y, en sentido negativo, el de excluir que el poder público imponga a su titular una residencia determinada (a salvo de los supuestos de privación de libertad personal)...

...Todo lo cual conduce a declarar la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del precepto impugnado, en los términos que se señalarán más tarde>>.

4.- Así las cosas, es claro que a la luz de la doctrina que acaba de ser expuesta, la orden recibida por Jose Enrique, en tanto no tenía otro soporte normativo distinto de las prevenciones contenidas en el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, --prorrogado por el número 476/2020, de 27 de marzo--, declarado expresamente inconstitucional, resultaba manifiestamente opuesta al ordenamiento jurídico, en tanto vulneraba los referidos derechos fundamentales. En cualquier caso, además, habría de concluirse que el acusado se hallaba, precisamente en el legítimo ejercicio de estos derechos fundamentales cuando los agentes, en cumplimiento de lo establecido en el mencionado Real Decreto, le ordenaron, de modo antijurídico a la luz de la doctrina expuesta, que cesara en el disfrute de aquéllos. Todo ello determina, como fácilmente podrá comprenderse, la estimación del presente recurso y el dictado de una segunda sentencia de sentido absolutorio.

En cualquier caso, y por si al respecto pudiera albergarse aún alguna duda, es el propio Tribunal Constitucional quien determina los efectos que, al objeto de salvaguardar los derechos fundamentales cuya especial protección tiene encomendada como máximo intérprete de los mismos, deben asociarse a su pronunciamiento que, en último término y en su condición de "legislador negativo", comporta la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada contraria a la Constitución española. La comentada sentencia número 148/2021, de 14 de julio, proclama a este respecto: <<Examinadas pues sucesivamente las diversas alegaciones de inconstitucionalidad formuladas en la demanda, resta determinar el alcance preciso de la controversia y, con ello, los efectos de esta sentencia...parece necesario finalmente precisar el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad, modulando los efectos de la declaración de nulidad:

a) Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia se declara, no solo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [así establecido en los arts. 161.1 a) CE y 40.1 LOTC] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes (según criterio que venimos aplicando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, por razones de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE), sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

Y ello porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales. A lo cual se añade que habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad ( art. 14 CE).

b) Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, "en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad". Esta excepción viene impuesta por el art. 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio>>.

A la luz de la doctrina expuesta, el recurso de casación se estima.

**CUARTO.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Jose Enrique contra la sentencia número 37/2021, de 27 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2ª, por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la número 296/2020, de 14 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Gandía, que se casa y anula.

2.- Declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial y del Juzgado de lo Penal de los que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 776/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Jose Enrique, contra la sentencia núm. 37/2021, de 27 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª), sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida, añadiendo únicamente que el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prorrogado hasta el día 12 de abril de 2020, por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, ha sido declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional número 148/2021, de 14 de julio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Jose Enrique, procede absolver al mismo del delito de **desobediencia grave** a agentes de la autoridad que se le imputaba en este procedimiento.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Absolver a Jose Enrique del delito de **desobediencia grave** a agentes de la autoridad que se le imputaba en este procedimiento, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieren acordado contra él.



2.- Declarar de oficio las costas de la primera instancia y las de la apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial y del Juzgado de lo Penal de los que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ