

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SECURITARIO: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA⁴⁰

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA⁴¹

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Acreditado como catedrático.
Universidad de Oviedo*

1. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ PRETENDE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA?

Según se declara en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) dicha norma se justifica por “...el simple transcurso del tiempo, con la perspectiva que ofrece de las virtudes y carencias de las normas jurídicas, los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto, la imperiosa necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia justifican sobradamente un cambio legislativo”.

Se trata así de legitimar esta expansión del Derecho administrativo sancionador en la línea señalada en su día por el profesor Silva Sánchez a propósito del Derecho penal; también aquí se alude a la aparición de nuevas amenazas propias de la sociedad del riesgo así como a la aparición de bienes jurídicos que deben ser tutelados⁴². Sin embargo, no se

⁴⁰ Realicé una aproximación previa a esta cuestión en el artículo “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 34, 2014, págs. 269 y sigs.; disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14090>

⁴¹ Correo electrónico presnolinera@gmail.com; blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>; página académica: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

⁴² *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer/Bdef; Montevideo/Buenos Aires, Tercera edición, 2011, págs. 11 y sigs.; alude SILVA SÁNCHEZ a la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibili-

especifica cuál es la nueva perspectiva de las carencias de la Ley Orgánica de 1992⁴³, tampoco qué cambios sociales se han producido ni ante qué nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y tranquilidad ciudadanas nos encontramos. Y, lo que quizá resulta más relevante, no parece evidente la existencia de esas demandas sociales de tutela de nuevos contenidos. Es, precisamente, una “rara unanimidad” social, en palabras de Silva Sánchez, la que está presente en la tendencia expansiva del Derecho penal, y lo que diferencia dicha orientación de la propia del movimiento *ley y orden*, en cuyo desarrollo “unos sectores sociales —para simplificar, los acomodados— apoyaban tales propuestas; otros, en cambio, —los marginados, pero también los intelectuales y los movimientos de derechos humanos— se oponían a ellas”⁴⁴.

Tal vez lo que ocurra, al menos en el Derecho administrativo sancionador por el que se apuesta en la LOPSC, sin duda vinculada a la reforma del Código Penal⁴⁵ llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, es que la línea expansiva de este Derecho sí que está conectada con el movimiento *ley y orden*, y entronca con la tutela de nuevos bienes que han de ser protegidos sino con la vieja represión de ciertos movimientos sociales⁴⁶.

zación de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «*expansión*»”, pág. 5.

⁴³ Sobre dicha Ley y su evolución, pueden verse, entre otros, Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO/Guillermo PORTILLA CONTRERAS/Javier BARCELONA LLOP: *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Trotta, 1993; Francisco ALONSO PÉREZ: *Seguridad ciudadana: la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana*, Marcial Pons, 1994; VARIOS AUTORES: *La protección de la seguridad ciudadana* (coord. Ignacio Muñagorri), The International Institute for the Sociology of Law, 1995; Javier BARCELONA LLOP: *Policía y Constitución*, Tecnos, 1997; VARIOS AUTORES: *Seguridad ciudadana y globalización*, Ministerio del Interior, 2003.

⁴⁴ *Ibidem*, págs. 8 y 9.

⁴⁵ Véanse los *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, dirigidos por José Luis GONZÁLEZ CUSSAC y coordinados por Elena GÓRRIZ y Ángela MATALLÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁴⁶ José Luis Díez RIPOLLÉS cuestiona esta visión de SILVA por mezclar los fenómenos de “modernización” y de “seguridad ciudadana” bajo el común denominador de “expansión” del derecho penal; “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2004, núm. 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, nota 7, (consulta de 15 de septiembre de 2015); véase también el libro colectivo coordinado por Pedro OLIVER OLMO: *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013.

Desde luego, y hasta la fecha, la oposición a esta orientación *securitaria* ha venido en buena medida de los movimientos sociales de defensa de los derechos⁴⁷. El propio Silva Sánchez concluye que “ni las premisas ideológicas ni los requerimientos del movimiento de «ley y orden» han desaparecido”, si bien, para él, “se han integrado (cómodamente) en ese nuevo consenso social sobre el papel del Derecho penal”⁴⁸. A nosotros no nos parece que exista un consenso social sobre el papel del Derecho administrativo sancionador⁴⁹ y sí, como se tratará de exponer aquí, que se opta por un modelo *securitario* en la LOPSC⁵⁰.

⁴⁷ Pueden verse el documento del Comité Permanente de Jueces para la Democracia: *Orden público y restricción de libertades. Análisis de la reforma de la legislación penal y administrativa desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales*, Alcalá de Henares, 20 y 21 de febrero de 2014; el de Amnistía Internacional España: *España: El derecho a protestar, amenazado*, <https://www.es.amnesty.org/paises/espana/documentos/> (consultado el 15 de septiembre de 2015); también la campaña de Greenpeace #No a la Ley Antiprotesta: <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en/No-a-la-LeyAntiprotesta/> (consultada el 15 de septiembre de 2015) y el documento de la Plataforma Ciudadana contra la reforma del Código Penal, la Ley de seguridad ciudadana y la Ley de seguridad privada “No somos delito”: http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/argumentario_leyes_mordaza_.pdf (consultado el 15 de septiembre de 2015).

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 10.

⁴⁹ Sobre este Derecho, véanse, entre otros muchos: Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, 2007; también, “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n° 195, 2014, págs. 134 y sigs.; María José ALONSO MÁZ: *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Miguel BELTRÁN DE FELIPE: “Realidad y constitucionalidad en el procedimiento administrativo sancionador” (I y II), *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 39 y 40, 2005/2006; Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Alejandro HUERGO LORA: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; Blanca LOZANO CUTANDA: “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador”, VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, págs. 41 y igs.; Alejandro NIETO GARCÍA: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 5ª edición, 2012; Ignacio PEMÁN GAVÍN: *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000; VARIOS AUTORES: *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001.

⁵⁰ José Luis DÍEZ RIPOLLÉS: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-01, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>; Pablo RANDO CASERMEIRO habla directamente de “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el

En esa línea, el artículo 1 proclama como objeto de la Ley:

“1. La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes. 2. Esta ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos”.

Sorprende la ausencia de concreción cuando, previamente, se dice en la Exposición de Motivos, que se debe huir “de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas”.

Al respecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto comentó, en evidente tono crítico, que “sigue la línea marcada por el Proyecto de reforma del Código Penal⁵¹, situándose en el *Derecho penal de la peligrosidad*, desde cuyos axiomas la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que el Estado y los Poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance⁵². Como consecuencia, la Ley proyectada, por un lado, intensifica la acción preventiva, no solo del delito, sino también de las infracciones administrativas, y por otro, incrementa notablemente las infracciones contra la seguridad ciudadana”⁵³. Buena parte de estas censuras al Anteproyecto se pueden extender, como veremos más adelante, a la Ley Orgánica finalmente aprobada.

Como es obvio, no se trata de que no se deba proteger el orden público, sino de que su tutela debe consistir en la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como

derecho administrativo sancionador”, *Indret*, 1, 2010, http://www.indret.com/pdf/rando_casermeyro.pdf (ambos consultados el 15 de septiembre de 2015).

⁵¹ Se refiere a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵² Sobre la irrupción del “Estado preventivo”, Erhard DENNINGER: “Der Präventions-Staat”, en *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990, págs. 33 y sigs.; del mismo autor, “Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat”, *Recht in globaler Ordnung*, Bwv Berliner-Wissenschaft, Berlín, 2005, págs. 223 y sigs.

⁵³ Sobre la conversión de la seguridad en valor autónomo y “superior”, pueden verse, entre otros muchos, y además de los trabajos ya citados del profesor DÍEZ RIPOLLÉS, el estudio de Francisco MUÑOZ CONDE: “El nuevo Derecho penal autoritario”, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant, Valencia, 2004, págs. 803 y sigs.

de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política” (STC 53/1985 F. 4)⁵⁴.

El Legislador, penal y administrativo, de la seguridad ciudadana está obligado, pues, a tener bien presentes los derechos reconocidos en la Constitución, tanto los que tutelan la vida, la integridad física o la libertad personal, como la defensa de la propiedad, pero también ha de tener en cuenta su adecuada delimitación cuando entren en juego otros derechos como la libertad de expresión o el derecho de manifestación, pues éstos últimos no pueden ser ajenos a la garantía del orden público democrático⁵⁵.

Conviene recordar lo ya dicho por el Tribunal Constitucional (STC 341/1993, de 18 de noviembre, F. 8) a propósito del enjuiciamiento de la ahora derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana (en lo sucesivo, LOSC):

“La interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser —muy plausible en sí— de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder cumple, claro está, el “deber estatal de perseguir eficazmente el delito” (STC 41/1982, fundamento jurídico 2^o). La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales”.

No parece que Legislador haya tenido muy en cuenta estas advertencias al redactar el ya citado artículo 1 ni, por ejemplo, el artículo 4.3:

“La actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y

⁵⁴ Francisco BASTIDA y OTROS: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs 38 y sigs.

⁵⁵ Véase María Luisa CUERDA ARNAU: “Nos queda la palabra: contra la nueva orientación político-criminal en materia de orden público” en la obra colectiva *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 211 y sigs.*

colectivos y demás bienes jurídicos protegidos, o alterar el regular funcionamiento de las instituciones públicas”.

Por otra parte, también en este precepto se advierte la tipificación de los comportamientos peligrosos como instrumento para generar tranquilidad ciudadana, en la línea de lo que se ha denominado orientación *neo-conservadora* en materia de política de seguridad, que apunta al reforzamiento de los poderes del Estado en la lucha contra la criminalidad y a la conformación de una suerte de “justicia expresiva” basada en la severidad de las penas, y capaz de gobernar una supuesta sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad⁵⁶.

En consecuencia, se apuesta por lo que, en materia penal, se han denominado “prácticas de naturaleza gerencial”: mejora de la coordinación entre las diferentes instancias de persecución punitiva y gestión del orden público, y desarrollo de modos de colaboración entre instancias públicas y entidades privadas en el gobierno de la seguridad y la lucha contra el delito⁵⁷.

Estas tendencias se advierten, por ejemplo, en el artículo 7.3, que prevé:

“Las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de seguridad privada”.

Es una de las consecuencias, como se afirma en la Exposición de Motivos de la reciente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, de entender que “en los últimos años se han producido notables avances en la consideración ciudadana y en el replanteamiento del papel del sector privado de la seguridad, reconociéndose *la importancia, eficacia y eficiencia de las alianzas público-privadas como medio para hacer frente y resolver*

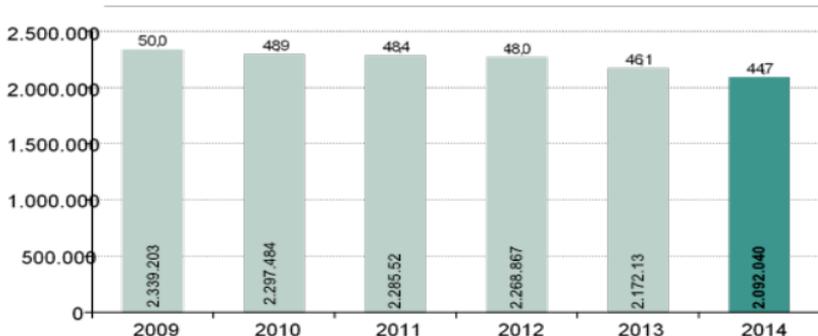
⁵⁶ José Ángel BRANDARIZ GARCÍA: “¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, en Miguel Ángel PRESNO LINERA (Coordinador) *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos. Cuadernos monográficos de derecho público, teoría del estado e historia constitucional*, n° 8, 2014, pág. 317; hay versión electrónica abierta en <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/octavo/index.html>

⁵⁷ José Ángel BRANDARIZ GARCÍA: *ibidem*, que, a su vez, menciona, entre otros, los estudios de E. BELL: *Criminal Justice and Neoliberalism*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2011, y J. WOOD/C. SHEARING: *Pensar la seguridad*, Gedisa, Barcelona, 2011.

los problemas acuciantes y variados de seguridad que se producen en la sociedad. Cada vez más, la seguridad privada se considera una parte indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la sociedad y a la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos”.

Este rasgo cooperativo caracteriza también el modelo penal de seguridad ciudadana, donde, en palabras de Díez Ripollés, “lo decisivo es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes”⁵⁸.

En suma, se opta, con escaso disimulo, por una gestión eficiente de la seguridad, minimizando el coste para el erario público de la *tranquilidad ciudadana*⁵⁹. Aunque, bien mirado, cabe poner en duda que tal tranquilidad ciudadana esté en peligro, al menos si nos atenemos a los datos que ofrece el propio Ministerio del Interior a través de su Anuario Estadístico de 2014 (el último publicado al redactar estas líneas, septiembre de 2015)⁶⁰: así, la tasa de criminalidad (infracciones penales por cada mil habitantes) en España no ha dejado de bajar en los últimos cinco años



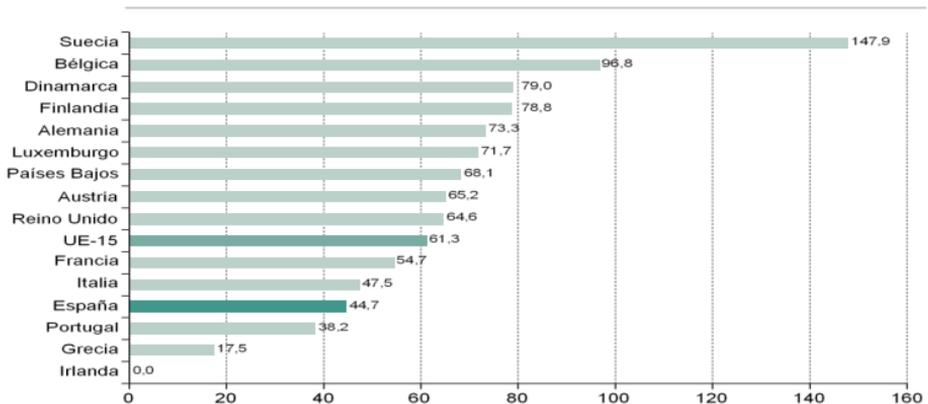
154

Esta tasa es, por otra parte, de las más reducidas de Europa:

⁵⁸ “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *ob. cit.* pág. 19; en el mismo sentido, RANDO CASERMEIRO: *ob. cit.*, pág. 6

⁵⁹ En el ámbito penal, véase el texto, ya citado de BRANDARIZ y la bibliografía que allí se menciona; en una línea próxima, JOHNSTON y SHEARING (*Governing Security. Explorations in policing and justice*, Routledge, London/New York, 2003) destacan que el pensamiento contemporáneo se ocupa menos del delito que del problema — más amplio— de la gobernanza de la seguridad.

⁶⁰ <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2014.pdf/4c7f4a33-0b68-49ec-9abd-df470992f43b> (consulta de 15 de septiembre de 2015).



En resumen, no parece que la situación de la seguridad ciudadana en España demande una nueva norma en la materia; en todo caso, y puestos a aprobarla, tendrá que hacerse, obviamente, de conformidad con nuestra Norma Fundamental y sin olvidar que, como es bien sabido, ya había una Ley Orgánica de seguridad ciudadana que tampoco estuvo exenta de críticas.

2. ¿SEGURIDAD CIUDADANA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA?

Dijo el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 27/1981, de 20 de julio) que la seguridad jurídica

“es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad” (F. 10); posteriormente, y de manera más concreta, ha insistido (STC 46/1990, de 15 de marzo) en que “la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el Legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no,..., provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas” (F. 4). Y, en lo que respecta a las disposiciones sancionadoras (penales en este caso) se emplaza al Legislador para que haga “el máximo esfuerzo posible en la descrip-

ción de los tipos penales, promulgando normas concretas, claras, precisas e inteligibles” (SSTC 142/1999, F. 3; 24/2004, F. 2; 283/2006, F. 5;...) ⁶¹.

Pues bien, en la L. O. 4/2015 encontramos diversos preceptos en los que el Legislador no ha “perseguido” o, al menos, no ha conseguido que “sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse”, de manera que nos encontramos con importantes normas que no son “concretas, claras, precisas e inteligibles”.

A.- Así, el artículo 35.1, sobre el que se volverá más adelante, dispone que “son infracciones muy graves las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo,...” Pues bien, si uno de los elementos esenciales que definen esta infracción muy grave es el lugar concreto en el que se llevan a cabo reuniones o manifestaciones, falta una delimitación clara del mismo pues se podrá entender cometida dicha infracción si aquéllas se llevan a cabo “en sus inmediaciones”. La pregunta que surge es: ¿dónde empiezan y acaban las “inmediaciones”? Falta así certeza y sobra confusión normativa, menoscabándose de manera inconstitucional el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en conexión con el de legalidad sancionadora (art. 25 CE).

B.- El artículo 36.1 califica como falta grave “la perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal”.

Este precepto, como ha señalado el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya ⁶², no cumple con los requisitos de certeza y claridad que exige la jurisprudencia constitucional, ya que omite cualquier precisión sobre el nivel de perturbación que ha de tener la actuación infractora y sobre el resultado que debe producir, actuando como una cláusula abierta o

⁶¹ Véanse, entre otros, los estudios de Víctor FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, 2002; Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2009; de Rafael ALCÁCER GUIRAO: “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional” en Santiago MIR/Joan QUERALT (directores)/Silvia FERNÁNDEZ (coordinadora): *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant, Valencia, 2010, pág. 15 y sigs.

⁶² Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>

“cajón de sastre”, que permite sancionar como infracción grave cualquier perturbación de la seguridad ciudadana.

C.- En la misma línea, el artículo 36.2 prevé, también como falta grave, “la perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal”.

En este precepto no queda claro qué es lo que se pretende tutelar cuando se sancionan con tanta gravedad reuniones o manifestaciones ante las sedes parlamentarias cuando las Cámaras no estén reunidas, dado que ya en el apartado siguiente se prevé la misma sanción si se causan “desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana”. Por otra parte, hay que tener presente el espacio valor simbólico que representan esas sedes y que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), “la expresión política [una reunión o una manifestación son formas colectivas de ejercicio de la libertad de expresión] exige un nivel elevado de protección a efectos del artículo 10” (sentencias *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, de 25 de junio de 1992; y *Hertel c. Suiza*, de 25 de agosto de 1998) y “cuando el objeto del reproche es el Gobierno [en sentido amplio, lo que incluiría a instituciones como las Cámaras legislativas] el espacio permisible para la crítica aún acerba e hiriente, incluso falsa si no hay mala fe, es especialmente amplio” (asunto *Castells c. España*, de 23 abril de 1992).

D.- Esa misma falta de concreción se aprecia en el apartado 8 del artículo 36, que también incluye como infracción grave “la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal”⁶³.

E.- El apartado 22 del artículo 36 sanciona “el incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad y aeronaves ligeras”. Es especialmente llamativo que se incluya una previsión de esta índole cuando el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de censurar, por inconstitucional, una norma que, con un contenido material diferente, tenía una dicción similar y que

⁶³ En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya nº 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, págs.83 y 84, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>

estaba contenida en la derogada Ley Orgánica 1/1992; no se olvide que entre los motivos que se invocan por el Legislador para aprobar la Ley Orgánica 4/2015 está, precisamente, “la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia”.

Según esa jurisprudencia (STC 341/1993, F. 10), “en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración ex novo de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es, vale repetir, conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 CE”.

Dicha remisión puede ser admisible pero siempre que esté justificada y se cumplan una serie de condiciones; entre ellas, y especialmente para lo que aquí importa, que la ley —en este caso en la LOPSC—, además de señalar la sanción, contenga los elementos esenciales de la conducta anti-jurídica y se satisfaga la exigencia de certeza⁶⁴.

En definitiva, no parece que en el apartado 22 del artículo 36 de la LOPSC estén “suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica”, por lo que sería inconstitucional por vulnerar los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la legalidad de la potestad sancionadora (art. 25.1 CE)⁶⁵.

⁶⁴ Como se recuerda en la misma STC 341/1993: “la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en el ordenamiento sancionador administrativo conlleva, a imagen de lo predicable del Derecho Penal, la doble garantía, material y formal, consistente, en primer lugar, “en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas”, y también, junto a ello, en la suficiencia de rango de las normas tipificadoras y sancionadoras, pues la locución “legislación vigente” que emplea el art. 25.1 de la Constitución es expresiva de una reserva de Ley en materia sancionadora (STC 42/1987, fundamento jurídico 2º; en términos análogos, y entre otras, SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1º, 22/1990, fundamento jurídico 7º y 61/1990, fundamento jurídico 7º). En lo que se refiere, de modo específico, a la garantía formal, hemos dicho también que el mandato del citado art. 25.1 “determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla *queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica* (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”. La Constitución —señalamos en la misma resolución— “prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (...), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora” (STC 3/1988, fundamento jurídico 9º; en análogos términos, STC 101/1988, fundamento jurídico 3º)”.

⁶⁵ A la misma conclusión llega el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya nº 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo,

F.- Finalmente, el apartado 7 del artículo 37 califica como infracción leve “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”.

Al respecto, el citado Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya pone de relieve que con dicha redacción se podría sancionar cualquier ocupación sin autorización del titular, con independencia de que afecte a una relación jurídica de carácter estrictamente privado y debe tenerse en cuenta que no toda lesión del derecho de propiedad es susceptible de ser sancionada penal o administrativamente, ya que el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el goce pacífico de los derechos del titular. Por otra parte, no se expresa de forma nítida cuál es el bien jurídico protegido por este precepto, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana. La misma crítica se puede hacer al tipo descrito en el apartado segundo, que no identifica de que Ley se trata ni el tipo de decisión administrativa que se incumple; tampoco aclara cómo la venta ambulante puede vulnerar la seguridad ciudadana⁶⁶.

En suma, encontramos en la nueva Ley reguladora de la seguridad ciudadana varios preceptos de cuya constitucionalidad cabe dudar porque en ellos no se ha alcanzado suficiente seguridad jurídica; es decir, certeza respecto a qué es Derecho y no, lo que prueba que no se ha hecho el esfuerzo necesario para que las normas promulgadas fueran “concretas, claras, precisas e inteligibles”.

3. LA EXPANSIÓN CODICIOSA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ya se ha dicho antes que la L. O. 4/2015 no puede desvincularse de las reformas penales llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de

de protección de la seguridad ciudadana, págs.86 a 88, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 92 a 94.

reforma del Código Penal; una prueba de ello es que en el Preámbulo de la L. O. 1/2015 se emplea una frase que se reproducirá, en parte, como ya se ha visto, en el de la LOPSC: “El Código Penal... es objeto de una completa revisión y actualización, en *la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal...*”

Otra evidencia de esa vinculación es la traslación, vía Leyes Orgánicas 1 y 4/2015, del Código Penal a la LOPSC de lo que en el primero eran faltas y pasan a ser infracciones administrativas en la segunda; una de las razones según el Preámbulo de la L. O. 1/2015 es que “la supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto, pues una buena parte de ellas describen conductas sancionadas de forma más grave en el ámbito administrativo...” La cuestión que parece obviar ese mismo Legislador es si es coherente esa mayor gravedad del Derecho administrativo, a la que va unida la presunción de veracidad de las denuncias de los agentes de esa Administración que es denunciante y sancionadora⁶⁷.

En realidad, estas reformas no pretenden una reducción del *ius puniendi* estatal sino que confirman la tendencia a la doble expansión sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador⁶⁸, a la que se han venido refiriendo, entre otros, Silva Sánchez y Nieto García⁶⁹, y también de la *zona borrosa* entre ambos, siendo así que, como denuncia García-Pablos de Molina, “la ‘avidez invasora’ de la potestad sancionatoria de la Administración, por su rigor, celeridad y efectividad, tiende a vaciar de contenido y virtualidad al propio poder punitivo del Estado en ciertos ámbitos de criminalidad siendo, de hecho, más temida por el ciudadano que éste último aun cuando las infracciones administrativas

⁶⁷ Véase, entre otros, el estudio de Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam*, coordinado por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, vol. 1, Cuenca, 2001, págs. 1417 y sigs.

⁶⁸ De la delimitación entre ambas se ocupa Pablo RANDO CASERMEIRO: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁶⁹ El primero en el ya citado libro *La expansión del Derecho penal...*; el segundo en *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 5ª ed., Madrid, 2012.

carezcan, a menudo, de la reprobación o carga de desvalor y reproche que la comunidad asocia a las infracciones penales”⁷⁰.

Esta “codicia del Derecho administrativo sancionador” está bien presente en la regulación, presente y pasada, de la seguridad ciudadana; así, como es bien sabido, en la derogada LOSC, ya se contemplaban sanciones económicas muy elevadas: “multa de 30.050,62 a 601.012,1 euros, para infracciones muy graves. De 300,52 a 30.050,61 euros, para infracciones graves. De hasta 300,52 euros, para infracciones leves” (art. 28.1.a).

La L. O. 4/2015 (art. 39) mantiene el importe para las infracciones muy graves (de 30.001 a 600.000 euros), duplica el mínimo de las graves (de 300,52 a 601) e incrementa en el doble el máximo de las leves (de 300,52 a 600 euros). Estas modificaciones no justifican reprochar a la nueva Ley una tendencia avariciosa de las previsiones sancionadoras; lo que ocurre es que hay más argumentos para la crítica:

A.- Conforme al artículo 35.1 “son infracciones muy graves las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo,...”

Aquí se equiparan dos situaciones muy diferentes: las reuniones no notificadas con las prohibidas, lo que vulnera el principio de que la sanción debe ser proporcional a la gravedad de la infracción y parece evidente que no tiene la misma entidad la no notificación de que se va a desarrollar una reunión o manifestación con la celebración de las mismas a pesar de que han sido prohibidas; en este segundo caso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1983, reguladora del derecho de reunión, nos encontramos no ante el mero incumplimiento del deber de notificar sino ante una situación en la que la autoridad gubernativa ha considerado que existían razones fundadas de que pudieran producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, ante lo que puede prohibir la reunión o manifestación o, si es posible, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación.

La prohibición es, por tanto, la medida más grave y se adoptará cuando no sea suficiente con la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación, pero *parece un exceso punitivo*

⁷⁰ *Introducción al Derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, Editorial

prever una misma sanción, y de extrema gravedad, para dos conductas que son muy diferentes en materia de seguridad ciudadana, que es de lo que se habla en la L. O. 4/2015.

B.- Se sancionan conductas que en sí mismas no menoscaban la seguridad ciudadana: así, es falta leve “la tercera y posteriores pérdidas o extravíos en el plazo de un año” de la documentación personal (art. 37.11); también el “deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público” (art. 37.13); ya se mencionó anteriormente la falta leve de ocupación de inmuebles, viviendas o edificios ajenos y la de la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada (art. 37.7).

C.- No se contempla como medida alternativa a la sanción económica —infracción grave— por consumo de drogas o estupefacientes en la vía pública o su tenencia ilícita lo que preveía el artículo 25.2 de la derogada L.O. 1/1992: la suspensión si el infractor se sometía a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determinase.

D.- La L. O. 4/2015 eleva el número de faltas leves de la L.O. 1/1992 de 10 a 17; las graves pasan de 16 a 23. Este incremento del número de infracciones podría justificarse, desde el punto de vista del Legislador, como consecuencia de su misma previsión de excluir de la consideración de faltas previstas en el Código Penal a conductas que ahora pasan a formar parte de una norma administrativa, pero tal cosa no parece que sea siempre beneficiosa para el ciudadano pues en algunos casos se prevén sanciones administrativas mucho más graves que las anteriormente previstas en el Código Penal para una conducta similar; así, mientras que el derogado artículo 634 de ese Código castigaba con multa de 10 a 60 días una falta contra el orden público, la L. O. 4/2015 contempla una de entre 1.001 euros y 30.000 euros para “la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación”.

E.- En relación con el traspaso de hechos sancionables del ámbito penal al administrativo cabe recordar, finalmente, que la L. O. 4/2015 prevé (artículo 53), en un sentido idéntico al derogado artículo 37 de la L. O. 1/1992, que “en los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de la presente ley, las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubieren presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los inculpados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en

contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles”. Como también es conocido, en la jurisdicción penal dichas informaciones no son base suficiente para una sentencia condenatoria.

Todo ello confirma, como apuntó Rando Casermeiro⁷¹, que el derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico *fraude de etiquetas*⁷².

4. SANCIONAR AL MENSAJERO

El artículo 36.23 de la L. O. 4/2015 considera como infracción grave “el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información”, y, de conformidad con el artículo 19, “la aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario”.

El juego conjunto de estos preceptos implica, en primer lugar, que se impone una suerte de prohibición general del uso de imágenes o datos personales y profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a salvo de previa autorización administrativa; en segundo lugar, la propia Administración sancionadora puede incautar ese material informativo si concluye que la captación de imágenes o de datos vulnera el artículo 36.23.

Tal entramado normativo parece poco compatible con nuestra Norma Fundamental por varias razones:

⁷¹ “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *Indret*, 1, 2010, http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf

⁷² Luis ARROYO ZAPATERO: “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1, 1997, págs. 1-15.

A.- No cabe imponer una prohibición general del uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni siquiera con las cautelas de que se trate de tutelar la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, y se apele al respeto al derecho fundamental a la información.

Las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejercen funciones públicas de extraordinaria relevancia y están sujetas, en dicho ejercicio, al control ciudadano y de los poderes públicos, lo que debe implicar que, con carácter general, la regla sea la contraria: el derecho a recabar fotos o datos, premisa aceptada en su día en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en su artículo 8.2.a dispone que, “en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

En esta línea se han manifestado, a propósito precisamente de situaciones como las que se contemplan ahora en la L. O. 4/2015, tanto el TEDH como el TC; el primero, en el caso *Sürek contra Turquía* (número 2) de 8 julio 1999, a propósito de la condena al accionista mayoritario de una sociedad de responsabilidad limitada propietaria de una revista por haber publicado un reportaje revelando la identidad de ciertos funcionarios junto con informaciones que daban a entender que los mismos habían cometido faltas graves, concluyó que, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en presencia, formaba parte del interés legítimo del público conocer no solo la naturaleza del comportamiento de los funcionarios sino también su identidad, añadiendo que el objetivo del Estado turco consistente en proteger a los integrantes de cuerpos de seguridad de posibles atentados no basta para justificar las restricciones a la libertad de expresión e información; en suma, concluye el TEDH, condenas como la enjuiciada disuaden a los medios de comunicación [en ese caso a la prensa] de contribuir al debate abierto sobre cuestiones de interés público; por su parte, el TC (STC 72/2007, de 16 de abril) resolvió, a propósito de la publicación de una foto en la que se identificó a una agente de la policía local que participó en un desahucio, que:

“el examen de la fotografía y del texto que la acompaña pone de manifiesto que estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público... y que la fotografía en cuestión fue captada

con motivo de un acto público (un desalojo por orden judicial, que para ser llevado a cabo precisó del auxilio de los agentes de la policía municipal, ante la resistencia violenta de los afectados), en un lugar público (una calle de un barrio madrileño), por lo que en modo alguno resulta irrazonable concluir, como se razona en la Sentencia impugnada, que concurre el supuesto previsto en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por otra parte, resulta asimismo incuestionable que la información que se transmite por el periódico es veraz y tiene evidente trascendencia pública. Además, la fotografía en cuestión (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber,...

En fin, aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, como se sostiene en la demanda de amparo, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija el anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo [último inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo]. En efecto, en contra de lo que se aduce por la demandante de amparo, *no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, existan razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio a una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados*".

En la misma línea, y en relación con el uso de datos, el Tribunal Constitucional también ha reconocido (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8) que

"reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4).

Finalmente, y como recuerda en su Dictamen el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya⁷³, esta "prohibición de prohibir" el uso de imá-

⁷³ Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, pág. 113.

genes y datos de las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ampara no solo a los profesionales de la información sino al conjunto de la ciudadanía; en palabras del Tribunal Constitucional (STC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2): “los sujetos de este derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, «la colectividad y cada uno de sus miembros»”.

B.- El artículo 36.23 establece una censura previa, prohibida expresamente por el artículo 20 CE, al aludir al *uso no autorizado* de imágenes y datos. El Tribunal Constitucional ha sido rotundo al respecto (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5:

“La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 C.E., pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 C.E., funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación. Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el placet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario...”

La censura previa, ..., constituye un instrumento, en ocasiones de gran sutileza, que permitiría intervenir a aquél en tal proceso, vital para el Estado democrático, disponiendo sobre qué opiniones o qué informaciones pueden circular por él, ser divulgadas, comunicadas o recibidas por los ciudadanos. *Es aquí donde debe buscarse también la razón de que su interdicción deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5º, 190/1996, fundamento jurídico 3º)...”*

C.- La incompatibilidad con la Constitución puede alcanzar también al ya citado artículo 19.2 de la L. O. 4/2015 en relación con el comentado 36.23, pues la Norma Fundamental (artículo 20.5) reserva a los órganos jurisdiccionales, y no a la Administración —cosa que sí contempla la LOPSC— la potestad de secuestrar “publicaciones, grabaciones y otros medios de información.”

La mencionada STC 187/1999 (FJ 6) recuerda que

“la propia Constitución legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, aunque sólo podrá acordarse en virtud de una resolución judicial (art. 20.5 C.E.), prohibiendo por tanto implícitamente la existencia del llamado secuestro administrativo, como ya dijo este Tribunal con ocasión de enjuiciar a la luz de tal norma constitucional los arts. 12 y 64 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que regulaban una medida semejante, cuya inconstitucionalidad declaró la STC 52/1983... La Constitución tan sólo, y no es poco, prohíbe que dichas medidas de urgencia puedan ser adoptadas por un poder público distinto al judicial, cuando impliquen un examen crítico del contenido del mensaje cuya difusión pueda negarse o restringirse, y, además, que dicha medida sólo quepa ser adoptada en los supuestos que una Ley permita por efecto de la pertinente resolución judicial motivada y recaída en un proceso ad hoc.

5. REGISTROS CORPORALES E INTIMIDAD PERSONAL

Prevé el artículo 20 de la L. O. 4/2015 que

“1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia. b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Esta disposición normativa constituye un límite al derecho fundamental a la intimidad personal y hay que dilucidar si es constitucional. Para ello hay que tener en cuenta la doctrina al respecto que emana de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que es la de referencia en esta materia, y que parte de la distinción entre registros corporales e intervenciones corporales (FJ 2):

"a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)..."

La actuación prevista en el artículo 20 LOPSC encajaría en los denominados registros corporales y lo que hay que analizar es si las premisas legales justifican la afectación del derecho fundamental; como señala el Consell de Garanties Estatutàries⁷⁴, no parece que el Legislador haya acertado en la redacción del precepto: en primer lugar, "podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan *indicios racionales para suponer* que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos,..."; es decir, el registro se puede basar en una mera *suposición* que, a su vez, *pueda* conducir a un hallazgo; en segundo lugar, no se concreta de qué objetos estamos hablando —"instrumentos, efectos

⁷⁴ Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, págs. 39 y sigs.

u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”—; en tercer lugar, tampoco se incluyen criterios que permitan una adecuada individualización de estas medidas —el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2015, anuló el artículo 55.2 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros porque permitía “registros de internos sin necesidad de que existan sospechas racionales de su justificación sobre las concretas personas afectadas”—; en cuarto lugar, no se corresponde con el concepto de registro corporal, tal y como lo entiende la jurisprudencia constitucional, la previsión de “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa”, medida que, por otra parte, no queda claro en qué circunstancias podrá adoptarse.

En conclusión, falta en la LOPSC “toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos” (STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6) que justifican esta intromisión en la intimidad personal y ello (FJ 4) para “ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger”⁷⁵. En esta misma línea, el TEDH (caso *Gillan y Quinton c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010) recuerda que la Ley que autoriza un registro corporal ha de precisar con suficiente claridad tanto el alcance de ese poder discrecional conferidos a las autoridades como la forma de llevarlo a cabo.

A falta de esta claridad mínima en el artículo 20 LOPSC no resulta exagerado concluir que esa previsión puede ser contraria al artículo 18.1 de la Constitución en relación con el artículo 9.3 de la Carta Magna.

6. LAS EXPULSIONES MASIVAS DE PERSONAS EXTRANJERAS EN CEUTA Y MELILLA

La Disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015 añade una nueva Disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

⁷⁵ Véase el comentario de Fernando REVIRIEGO PICÓN: “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la S.T.C. 218/2002, de 25 de Noviembre”, *Revista General Informática de Derecho*, nº 1, 2003.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

En lo que a esta disposición se refiere, y teniendo en cuenta el espacio disponible, en estas páginas, nos limitaremos a analizar si es compatible con las garantías constitucionales sobre derecho de asilo y expulsión de extranjeros.

Se trata, en primer lugar, de una medida con unos destinatarios muy concretos: “extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera”; en segundo lugar, y aunque se hable de “rechazo” no deja de tratarse de una suerte de expulsión, si interpretamos este último término, como hace el TEDH, “en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)” (caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012)⁷⁶; además, se está pensando en una expulsión “colectiva” (los extranjeros que sean detectados...), por lo que parece de aplicación el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH, que, taxativamente, dispone “quedan prohibidas la expulsiones colectivas de extranjeros”⁷⁷.

Lo que sean expulsiones colectivas fue definido por el propio TEDH (asunto *Čonka c. Bélgica*, de 5 de julio de 2002) como “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, *salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base*

⁷⁶ Puede verse el comentario de Marie-Benedicte DEMBOUR a esta sentencia en “Interception-at-sea: Illegal as currently practiced —Hirsi and Others v. Italy” y “Hirsi (part II): Another side to the judgment” en *Strasbourg Observers.com*, <http://strasbourgobservers.com/2012/03/01/interception-at-sea-illegal-as-currently-practiced-hirsi-and-others-v-italy/> y <http://strasbourgobservers.com/2012/03/02/hirsi-part-ii-another-side-to-the-judgment/> (consulta de 15 de septiembre de 2015).

⁷⁷ Pueden verse al respecto los estudios de Juan Fernando DURÁN ALBA: “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. por Francisco Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti, CEPC, 2009, págs. 965-970, y Julio Vicente GONZÁLEZ GARCÍA: “Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, nº 196, 2015, págs. 309 y sigs.

de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” y el TEDH también ha aclarado (caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) que “el objetivo que persigue el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 es el de impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales y, de esta manera, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente”.

Finalmente, hay que tener en cuenta, por lo que al derecho de asilo se refiere, que la clave “es saber si existen garantías efectivas que protejan al demandante contra una devolución arbitraria, directa o indirecta” (asuntos *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, y *A. C. y otros c. España*, de 22 de abril de 2014). Y esas garantías operan al margen de si “la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla” es, o no, territorio español pues quienes llevan a cabo la detección y rechazo de las personas extranjeras son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tienen obligación de garantizarles “todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación” de esas personas (caso *Hirsi Jamaa*)

Pues bien, a la luz de estas premisas jurídicas no parece que la disposición comentada garantice que las personas rechazadas puedan ejercer los derechos propios de los demandantes de asilo (art. 13.4 CE), acudiendo en su caso a la tutela de los tribunales españoles (art. 24 CE) para que se pueda llevar a cabo un control de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE)⁷⁸.

7. DIEZ CONCLUSIONES POCO TRANQUILIZADORAS PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA

Primera.- La LOPSC se inscribe en una orientación *neoconservadora* en materia de política de seguridad, capaz de gobernar una supuesta sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad.

Segunda.- Cabe poner en duda que la tranquilidad ciudadana esté en peligro: la tasa de criminalidad (infracciones penales por cada mil habitantes) en España no ha dejado de bajar en los últimos cinco años y es de las más reducidas de Europa.

⁷⁸ Véase el Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, págs. 123 y sigs.

Tercera.- La L. O. 4/2015 no puede desvincularse de las modificaciones llevadas a cabo en el Código Penal; estas reformas confirman la tendencia a la doble expansión sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador.

Cuarta.- En la L. O. 4/2015 encontramos diversos preceptos de cuya constitucionalidad cabe dudar porque carecen de suficiente seguridad jurídica; de certeza respecto a qué es Derecho y no, lo que prueba que no se ha hecho el esfuerzo necesario para que las normas promulgadas fueran “concretas, claras, precisas e inteligibles”.

Quinta.- La “codicia del Derecho administrativo sancionador” está bien presente en la regulación, presente y pasada, de la seguridad ciudadana.

Sexta.- El derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico *fraude de etiquetas*.

Séptima.- No cabe imponer una prohibición general del uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Octava.- En la regulación de los registros corporales no se mencionan los motivos de seguridad que justifican esta intromisión en la intimidad personal.

Novena.- La reforma de la Ley de Extranjería llevada a cabo por la LOPSC no garantiza que las personas rechazadas puedan ejercer los derechos propios de los demandantes de asilo, acudiendo en su caso a la tutela judicial para que se pueda llevar a cabo un control de la legalidad de la actuación administrativa.

Décima.- El Legislador de la seguridad ciudadana está obligado a tener bien presentes los derechos reconocidos en la Constitución, tanto si tutelan la vida, la integridad física, la libertad personal o la propiedad, como si garantizan la libertad de expresión o el derecho de manifestación. Esta defensa del orden público constitucional no se ha articulado de manera respetuosa con la Norma Fundamental en la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.