

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan.

Estas diferencias abarcan al sistema sancionador aplicado al ejercicio del derecho de manifestación, a la facultad de las fuerzas de orden público para llevar a cabo cacheos con desnudo, a la posibilidad de manifestarse delante de las cámaras legislativas, y a la devolución en frontera y sin procedimiento previo de migrantes que no entraron en España por los puestos habilitados a estos efectos.

1. La seguridad ciudadana y su regulación constitucional.

La noción de seguridad que subyace en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo (LOPSC), parte la necesidad de mantener el orden público necesario para el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. El Preámbulo de la ley hace expresa referencia a esa finalidad como “la preservación no sólo de la seguridad, sino también de la tranquilidad y la pacífica convivencia ciudadanas” que pueden ser alteradas por “peligros indefinidos”, en una relación de oposición entre libertad y seguridad que no es propia de los estados constitucionales, en los que la reivindicación ante los poderes del estado, mediante la presión en la calle se reconoce como forma legítima de expresión de la participación política, para la concienciación ciudadana y en el uso del valor constitucional del pluralismo político recogido en el art. 1 CE.

Pero tanto la ley como la sentencia de la que disiento, pese a todas las proclamaciones formales contenidas en sus respectivos textos, ignoran que la normativa sobre seguridad ciudadana debiera partir de una premisa garantista y de mínima intervención en el alcance de los derechos fundamentales. Porque su finalidad esencial no es asegurar la comodidad o el sosiego de la ciudadanía, ni siquiera la tranquilidad pública evitando los inconvenientes que genera en la convivencia el ejercicio de determinados derechos fundamentales, sino asegurarse de que las administraciones públicas en general, y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en

particular, no interfieren en el ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía actuando de modo arbitrario, irrazonable y con abuso de derecho. La libertad debe ser la regla y la restricción su excepción. La LOPSC no debiera ser una ley de control de la ciudadanía, sino una norma de control del poder que se ejerce sobre la ciudadanía. Y si la sentencia se hubiera formulando desde esta perspectiva, las conclusiones alcanzadas hubieran sido necesariamente distintas.

Si se sostiene una concepción garantista de la norma, el juicio de constitucionalidad exige un juicio de proporcionalidad -entendido en sentido amplio-, menos reduccionista, más riguroso y sensiblemente menos apodíctico. Por eso, se puede concluir que la sentencia comparte el presupuesto defensivo en que se basó el legislador al elaborar la Ley de protección de la seguridad ciudadana del año 2015. No basta con formular definiciones aclaratorias y distintivas sobre qué sea la seguridad ciudadana o la seguridad pública, como se hace en el FJ 3 sobre la base de lo que la propia ley contempla. Pese a que se declare insistentemente que el canon de enjuiciamiento de las medidas restrictivas de derechos pasa por el examen de la previsión legal, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, y la formulación del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la conclusión parte de un desnivel evidente entre la concepción del pluralismo político y la libertad de manifestación, supeditados a la tranquilidad ciudadana y la seguridad como ausencia de conflicto. Igualmente como veremos se reitera hasta el agotamiento la jurisprudencia constitucional previa, o la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin extraer las consecuencias que cabría afirmar de esa invocación porque la suma de todos esos argumentos, que acepto y comparto, pierde todo sentido si en el examen de cada uno de los preceptos impugnados, se ignoran el contexto y razones que sustentan la aprobación de la ley y las consecuencias reales de su aplicación o, como sucede en relación con varios de los preceptos impugnados, no se desarrolla el juicio completo de proporcionalidad de las medidas limitativas de los derechos fundamentales en juego.

El juicio abstracto de constitucionalidad no puede ser ni un juicio ciego, ni ignorante de la realidad social sobre el que ha de proyectarse. Porque la ley de seguridad ciudadana del año 2015 viene a ampliar, respecto de la previa del año 1992 (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana), las facultades de control del poder ejecutivo sobre el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales que conforman “el derecho de protesta”, a saber: el derecho de asociación (art. 22 CE), el derecho de reunión (art. 21.1 CE), el derecho de manifestación (art. 21.2 CE), la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y las libertades

informativas [art. 20.1 d) CE], cuando su libre ejercicio se configura como una modalidad del derecho de participación política.

Y ello es así porque durante las últimas décadas, la sociedad civil ha venido transformando progresivamente sus formas de participación política. La protesta ciudadana, que en décadas anteriores tuvo una forma de expresión más formalizada institucionalmente, ha girado desde principios de este siglo a la ocupación del espacio público -físico y virtual- en conexión con las sucesivas crisis vividas desde el 11 de septiembre de 2001. En la búsqueda de nuevas formas de hacer oír su voz para la defensa de los derechos individuales y colectivos y, en particular, de los derechos prestacionales tras la crisis económica de 2008, los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil, las plataformas, agrupaciones y asociaciones han incrementado su recurso al derecho de manifestación en espacios de todo tipo. Esto provocó en España un aumento inusitado de las manifestaciones, reuniones y ocupación de espacios comunes, incluso de edificios públicos, durante los años inmediatamente anteriores a la vigencia de la ley, y son una razón importante si no la única, de blindar al aparato del Estado frente a las protestas por lo que todos estos grupos consideraron un reparto injusto de los efectos de la crisis económica. Desde mayo de 2011, el movimiento del 15-M y todos los que le acompañaron como antecedentes o derivados (las mareas, el movimiento anti desahucio a través de las acciones de la PAH, la plataforma “Rodea el Congreso” y un largo etcétera) cambiaron la forma de hacer política y de ejercer el derecho a participar en los asuntos públicos de forma directa, fuera de otros tradicionales cauces constitucionalmente previstos. Transformaron la forma de entender el pluralismo político y cambiaron la escena pública y las reglas de convivencia ciudadana ocupando los espacios públicos. Baste traer aquí los datos del Ministerio del Interior -que no recogen lo acontecido en País Vasco ni en Cataluña-: en 2012 y 2013 se alcanzó la mayor cifra de manifestaciones desde la aprobación de la Constitución de 1978, que llegó a ser de 44.223 manifestaciones comunicadas en 2012.

Y es en respuesta a ese desarrollo del derecho a la protesta y a esa solicitud extraparlamentaria y extrajudicial de canalizar el conflicto por lo que se elabora la Ley Orgánica 4/2015, sujeta desde su aprobación a sospechas de inconstitucionalidad mucho más amplias que las que los recurrentes terminaron por incluir en su demanda. Una parte de las nuevas conductas consideradas infracciones (muy graves, graves o leves) reflejan las nuevas formas de protesta surgidas en los años previos. Pero la ley no respondía a ninguna demanda social, como prueban por ejemplo las encuestas del CIS de aquellos años. Tampoco encuentra eco ni adecuada

receptividad en el Consejo General del Poder Judicial (Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 30 de diciembre de 2013), ni en los organismos de Naciones Unidas encargados de la vigilancia del cumplimiento de los grandes tratados de Derechos Humanos, ni del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

El Consejo General del Poder Judicial, reconoció expresamente que el proyecto LOPSC se situaba en lo que se ha venido a llamar “Derecho penal de la peligrosidad”. Y en su Informe destaca como “desde los axiomas de este derecho, 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 alcance. Como consecuencia de ello, 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”.

Por su parte el Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, firmado por Maina Kiani el 10 de junio de 2013 [A/HRC/26/29/Add. 1], responde a las dudas sobre la conformidad del entonces anteproyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con estándares internacionales de derechos humanos, manifestando su preocupación porque “*se haga prevalecer un concepto extensivo de seguridad de instituciones y autoridades sobre la protección del ejercicio de los derechos y libertades civiles de los ciudadanos, incluido el derecho a la libertad de reunión pacífica*”. El relator, se manifiesta “*hondamente preocupado por las restricciones desproporcionadas y excesivas al derecho de reunión pacífica que supone el ALOPSC, ya que teme que socaven la existencia misma de los atributos de pluralismo, tolerancia y mentalidad abierta necesarios a cualquier sociedad democrática*”. Es misma preocupación se pone de manifiesto tanto en el Examen periódico universal de Naciones Unidas (EPU) del año 2015 [una de cuyas recomendaciones (131.111) aboga por la modificación de la ley de seguridad ciudadana de modo que la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica no se vean limitados, y otra (131.180) se refiere a la necesidad de modificar la regulación de las devoluciones en Ceuta y Melilla], como en el EPU 2020 que, a falta de conclusiones finales, también se ha detenido en la cuestión de las devoluciones sumarias en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla, y de los efectos que la aplicación de la LOPSC ha tenido sobre el disfrute de las libertades fundamentales y el derecho a participar en la vida pública y política [Documento A/HRC/WG.6/35/ESP/3, en el que se resumen las comunicaciones de las partes interesadas sobre España].

La justificación de la aprobación de la ley responde a la lógica del mantenimiento de la seguridad en la gestión de los problemas políticos y sociales, sin que luzca en ningún momento la toma de conciencia por parte del legislador de que ha emergido una nueva situación generalizada de forma de protesta, que por otra parte es común a muchos países de nuestro entorno democrático. Y es así una reacción, porque quienes ejercen el derecho a la protesta son considerados elementos perturbadores del orden público y la convivencia, y no sujetos activos de la construcción del pluralismo político. Y esa lógica, que deslegitima al sujeto crítico y a los colectivos en que se integra, asume y traduce una desproporcionada restricción de los derechos fundamentales a través de los cuales se ejerce el derecho de protesta, porque prioriza el mantenimiento de una tranquilidad social, que se equipara a la seguridad ciudadana, frente al valor constitucional del pluralismo. Y así olvida que, en un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), la lucha por la superación de las desigualdades, y por la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integran (art. 9.2 CE) es el presupuesto de la cohesión social, que debe estar en la base de la garantía de ese sosiego y paz sociales a que aspira la LOPSC. Tener seguridad ciudadana también es disfrutar en condiciones de igualdad los derechos reconocidos en la Constitución (art. 9.2 CE), tener un nivel de vida digno (art. 10.1 CE) y ejercer derechos como el de reunión (art. 21.1 CE) y la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) sin acoso institucional y sin arriesgarse a sufrir sanciones desproporcionadas. La perturbación de la tranquilidad ciudadana y del orden, dentro de los límites constitucionalmente previstos, fuera del recurso a la violencia, y siempre que no pueda ser tildada de grave, puede encontrar sustento en el ejercicio de derechos fundamentales, y puede resultar esencial a la construcción del pluralismo político que está en la base de las sociedades democráticas.

Si no se tiene en cuenta todo esto, no se puede entender la ley, ni se puede interpretar de forma coherente con la Constitución. La desconexión del legislador con la realidad social del 2015, se traduce hoy en la desconexión del intérprete de la Constitución con la realidad social del 2020, de nuevo en crisis, de nuevo en plena reflexión sobre el alcance de las libertades individuales y el ejercicio de los derechos de protesta en una situación de grave crisis sanitaria que obliga a pensar, ya no en la seguridad ciudadana, sino en la salud pública.

Buena parte de los preceptos objeto de este recurso de inconstitucionalidad, no observan la exigencia constitucional de limitar los derechos desde el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica, legalidad y proporcionalidad. Pero la sentencia no lo pone de manifiesto. Bien

porque no formula de forma completa y acabada el juicio de proporcionalidad [en relación con los arts. 20.2 -fundamento jurídico cuarto-; 36.2 -fundamento jurídico 6 C) c)-; 37.1 –fundamento jurídico 6 D)-]; bien porque desarrolla una interpretación conforme en el marco del derecho administrativo sancionador que elude la sujeción al principio de taxatividad, y genera mucha más inseguridad jurídica que la que intenta combatir, además de provocar un efecto de desaliento claro en relación con el ejercicio del derecho fundamental (arts. 37.3 -fundamento jurídico 6 E-, 37.7 -fundamento jurídico 6 F- , y disposición final primera -fundamento jurídico 8).

En la sentencia libertad y seguridad aparecen como un binomio, y de hecho así se presentan en el art. 17 CE. Pero la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico de nuestro social y democrático Estado de derecho (art. 1.1. CE), y esa naturaleza diversa y privilegiada debe tenerse en cuenta a la hora de examinar la constitucionalidad de las restricciones de los derechos que encarnan dichos valores, en particular cuando las restricciones vienen de la mano del derecho administrativo sancionador. Pero la sentencia no lo ha hecho.

a) Manifestarse ante el lugar en que se ejercita el mandato parlamentario no puede ser un ejercicio ilegítimo del derecho de participación política (art. 36.2 LOPSC y art. 21 CE).

Las manifestaciones tienen una relevancia fundamental como factor político, y son una forma de acción colectiva imprescindible en las democracias occidentales. Sabiendo cómo ha mutado la forma de convocatoria, su alcance y el desarrollo de las mismas, ya no se puede pensar en las manifestaciones solo como expresión de conflicto –que las provoca o que puedan llegar a producir-, sino también como una forma de expresión de la democracia, porque están dentro del proceso político y porque dan una lectura nueva al derecho de participación política del art. 23.1 CE. La mera evocación del movimiento altermundialista, de la Primavera Árabe, de las manifestaciones contra las medidas vinculadas a la declaración de estados excepcionales en distintos países de Europa, o del movimiento “Huelga de mujeres” en Polonia, en fechas muy recientes, es prueba manifiesta de esa dimensión político participativa.

En este contexto, el lugar en que se realizan las manifestaciones participa también de la construcción del discurso político inmanente, y la ocupación del espacio es una forma de darle valor simbólico y colocarlo en el debate político. Manifestarse en las cortes, los parlamentos o las sedes gubernamentales, también forma parte del diálogo político que, si es pacífico y sin el

recurso a la violencia, estaría dentro del contenido del art. 21 CE. Las manifestaciones celebradas ante parlamentos o asambleas, en las que se reúnen los representantes de la ciudadanía y se ejerce el mandato representativo, no solo tiene por objeto, como apunta la sentencia, hacer llegar un mensaje a los representantes de la soberanía popular, sino que además expresan la desconexión sentida entre quienes son titulares de esa soberanía, y quienes toman decisiones en su nombre y representación. El espacio simbólico, en este caso, forma parte del discurso político de forma clara, y más si tenemos en cuenta que, existiendo tipos penales específicos para salvaguardar la inviolabilidad colectiva de las Cámaras (los arts. 494, 495 y 498 CP), la inclusión del art. 36.2 LOPSC no está justificada.

Sin embargo la sentencia no parte del presupuesto de que la manifestación ante las cámaras legislativas sea ejercicio legítimo y parte de los derechos de manifestación y de participación política. Desde esta premisa, hubiera debido formularse un análisis más estricto de una previsión sancionadora que califica la conducta como grave. Y pese a no ignorar la realidad a la que acabo de referirme, en la medida en que reconoce que el espacio urbano es un espacio de participación y que el lugar en que se celebra la concentración no es ajeno a la eficacia de la manifestación, no extrae de ese reconocimiento formal las consecuencias materiales adecuadas. La mayoría del Tribunal asume la concepción de que el mero hecho de manifestarse ante las sedes de dichas cámaras de representación implica un riesgo o amenaza para el desarrollo normal de las actividades parlamentarias, estén o no estén reunidos en el interior de la sede quienes desarrollan dichas actividades.

El art. 36.2 LOPSC cualifica como infracción grave, específicamente, los desórdenes o amenazas a la seguridad ciudadana, cuando esta se quebranta ante las cámaras legislativas. La cualificación de la infracción va asociada al lugar de celebración de la manifestación, y esto exige que el juicio de constitucionalidad analice la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, no ya de la tipificación del hecho ilícito, sino de su calificación concreta. Y es en este punto del argumento de la sentencia en el que se centra mi desacuerdo.

El conflicto entre la protección constitucional de la función representativa parlamentaria (que se vincula a los arts. 66.3 y 77 CE) y la garantía del valor expresivo, democrático y simbólico del derecho de reunión ante las cámaras parlamentarias se resuelve en la sentencia a favor del primer elemento del binomio. No se tiene en cuenta realmente, aunque se invoque la jurisprudencia previa que lo reconoce, que también el derecho de manifestación colabora en la

construcción y desarrollo de la democracia y el pluralismo político, siendo este además una fórmula de participación directa –no institucionalizada- en los asuntos públicos en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho [SSTC 85/1988, FJ 2; 66/1995, FJ3; 284/2005, FJ 3; y 90/2006, 1568 FJ 2 a)].

Las razones que llevan a resolver de este modo el conflicto se expresan claramente en el FJ 6, apartado C) c). Para el Tribunal el precepto persigue dos fines constitucionales legítimos, asegurar “el normal funcionamiento del órgano parlamentario en sus distintas formas y composiciones” y evitar que se “produzca una desconsideración del símbolo encarnado en las sedes parlamentarias que razonablemente pueda coadyuvar por si misma, o mediante la incitación de otras conductas, a que se ponga en riesgo la tranquilidad y convivencia ciudadanas [art. 3 c) LOPSC] o a que, de un modo más general, se condicione a otros ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico [art. 3.a) LOPSC”.

Una interpretación sistemática y teleológica de los diversos preceptos constitucionales, tanto de los que consagran los derechos fundamentales como de los que establecen los privilegios institucionales, podría justificar una restricción del derecho de reunión con la finalidad de asegurar el normal funcionamiento de las instituciones parlamentarias, pero siempre que esa limitación sea motivada, proporcionada y necesaria para conseguir dicho fin (SSTC 195/2003, FJ 7; y 24/2015, FJ 4, entre otras). Esa finalidad, por tanto, podría ser legítima, pero no concurre cuando no existe actividad en el interior de las cámaras. El símbolo de la institución y el símbolo del ejercicio del derecho, ambos fundamentales para la construcción del sistema democrático, tienen igual valor constitucional y no debiera priorizarse a uno sobre el otro. Por eso, resulta evidente la inconstitucionalidad del precepto impugnado cuando cualifica el comportamiento punible por el mero hecho de que se produzca ante las cámaras cerradas. Porque en este caso no hay función parlamentaria que preservar. Y la preservación del símbolo no basta para justificar la restricción del derecho, porque la dignidad se predica de los seres humanos, titulares de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE) y no de las instituciones o de los edificios en que estas se albergan.

Por lo que hace a la sanción de la conducta cuando las cámaras estén reunidas o se estén desarrollando actividades parlamentarias, el precepto tampoco se adecúa al canon de constitucionalidad que la sentencia expone con carácter general. No resulta fácil deslindar qué tipo de perturbaciones, que alteren el funcionamiento normal de las Cámaras legislativas, son

susceptibles de tener su encaje en el tipo infractor del art. 36.2 LOPSC, si tenemos en cuenta que el art. 494 CP sanciona las conductas derivadas de reuniones o manifestaciones que, estando reunidas las Cámaras, tengan como resultado “alterar su normal funcionamiento”. ¿Qué diferencia hay entonces entre la conducta tipificada penalmente y la que constituye la infracción administrativa? La fórmula empleada para definir el bien jurídico objeto de tutela por la infracción administrativa –“perturbación grave de la seguridad ciudadana” en conexión con la “garantía del normal funcionamiento de las instituciones”– y por el tipo penal –“alteración del normal funcionamiento”– no contribuye a facilitar la tarea de delimitar su respectivo ámbito de aplicación. Además, las conductas objeto de sanción administrativa también podrían tener su encaje en otros tipos infractores previstos en la propia LOPSC, como el del art. 36.3, sin que quede claro, conforme a las reglas concursales del art. 31 LOPSC cuál sea el precepto especial. Todo ello reduce el ámbito de aplicación de la infracción administrativa a la sanción de acciones que, pudiendo incidir en el funcionamiento de las instituciones parlamentarias, no revisten suficiente entidad como para perturbar de forma grave la seguridad ciudadana, o superar el nivel de simple molestia o incomodidad en el desarrollo de la actividad parlamentaria.

Por tanto, el tipo infractor introduce, por su configuración legal, una restricción del derecho de reunión que no supera el juicio de proporcionalidad, a la vez que desincentiva su ejercicio bajo la amenaza de sanción administrativa grave (SSTC 66/1995, FJ 3 1656 y 5, y 42/2000, FJ 2). Dicho en otros términos su configuración no satisface la necesidad de definir de forma concreta, precisa, clara e inteligible las conductas infractoras, y sus correspondientes sanciones (SSTC 145/2013, FJ 4; y 185/2014, FJ 8). Y, por ello, no solo vulnera el art. 21 CE, sino también el art. 25.1 CE, por su carácter excesivamente abierto e indeterminado.

b) Las manifestaciones espontáneas no son manifestaciones prohibidas. Las sanciones asociadas a su celebración generan un efecto desaliento en el ejercicio del derecho que es constitucionalmente inadmisibles (art. 37.1 LOPSC y art. 21 CE).

De la lectura combinada de los arts. 30.3 y 37.1 LOPSC se deriva la sanción a los organizadores o promotores de manifestaciones prohibidas, no comunicadas o que habiéndose comunicado no respetan los términos de la comunicación o de las modificaciones gubernativas a los términos de la comunicación. Por tanto, las manifestaciones espontáneas, aun cuando sean pacíficas, pasan a considerarse como constitutivas de infracción administrativa leve, haciéndose responsable a quienes las organicen o promuevan.

La sentencia sostiene la constitucionalidad del precepto desde el punto de vista de la taxatividad y la seguridad jurídica (arts. 25.1 y 9.3 CE) negando que suponga una limitación injustificada o desproporcionada del derecho de reunión, o que provoque efecto desaliento respecto de su ejercicio. Pero, a mi juicio, la norma invierte la lógica constitucional del reconocimiento del derecho de manifestación, al modificar la consideración del acto formal de comunicación. Esa mutación del derecho, es una alteración clara de su contenido esencial que, por ello, deviene inconstitucional por oposición al art. 21 CE.

El artículo 21 CE prohíbe expresamente en su apartado primero, la posibilidad de que tanto la norma como la práctica administrativa, sometan el ejercicio del derecho de reunión a autorización. Toda disposición, o acto administrativo, que tuviera tal objetivo vulneraría, por tanto, el artículo mencionado. Por esto, el apartado segundo del precepto, que contempla la necesidad de comunicar previamente a la autoridad competente la convocatoria y celebración de toda reunión o manifestación, solo resulta coherente con la primera parte del art. 21 CE si se niega cualquier virtualidad condicionante del ejercicio del derecho al acto de comunicación. Si se comunica la manifestación es para garantizar su adecuado ejercicio por los convocantes y para evitar, en la medida de lo posible, que el ejercicio del derecho pueda afectar negativamente a personas y bienes, o pueda suponer la lesión de otros derechos constitucionalmente reconocidos, en cuyo caso cabe introducir modificaciones en el ejercicio del derecho comunicado, incluso condiciones suspensivas. Pero estas modificaciones deben ser siempre analizadas restrictivamente. Así, la comunicación previa debe ser entendida no como sumisión del ejercicio del derecho a la autorización gubernativa, sino como instrumento al servicio de quienes ejercen el derecho de manifestación. La sanción de la falta de comunicación subvierte este modo de entender la comunicación previa y lo transforma de hecho en una sumisión a la autorización administrativa. Si la administración sanciona por no comunicar, o no ajustarse a los términos de la comunicación previa, entonces la comunicación deviene en acto con un contenido material vinculante que sujeta a los organizadores y permite exigir responsabilidades por parte de la administración.

Como en otros preceptos de la sentencia, el Tribunal interpreta erróneamente, a mi juicio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, descontextualizando los pronunciamientos que utiliza como argumentos de refuerzo, y olvidando dos consideraciones fundamentales. La primera que el art. 10.2 CE impone una obligación -no siempre seguida por este Tribunal- de ajuste o de confluencia interpretativa de mínimos, de modo que nada impide al

Tribunal Constitucional aplicar estándares más garantistas que los que derivan de la doctrina de Estrasburgo. En realidad, la única autonomía interpretativa de la jurisdicción constitucional debiera situarse en la mejora de esos estándares. La segunda, que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelven demandas individuales y concretas, no hacen juicios abstractos de convencionalidad, de modo que no se pueden trasladar acríticamente los fundamentos de las sentencias, sin tener en cuenta los presupuestos fácticos y normativos que los condicionan, obviando la existencia de un margen de apreciación que se reconoce a los Estados.

Y, por eso, cuando se acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para afirmar que los Estados pueden exigir una notificación previa a la celebración de una manifestación, debiera recordarse que España no puede exigir una notificación previa que tenga naturaleza de solicitud de autorización, porque ello resulta incompatible con el propio texto de la Constitución.

La corte de Estrasburgo siempre realiza el análisis completo de la limitación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales examinando que dichas medidas estén previstas en la ley, tengan una finalidad legítima y sean necesarias en una sociedad democrática. Y este último paso en la aplicación del canon es fundamental, porque es donde se puede examinar si la injerencia en el ejercicio del derecho se ajusta a las circunstancias concretas del caso. Es cierto que cuando se formula un control abstracto de constitucionalidad, como es aquí el caso, exponer el juicio de proporcionalidad no es tan sencillo, porque el contexto es general y fundamentalmente teórico. Pero la dificultad no exime de la necesidad de abordar el argumento de forma completa. Como dice el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos *“la proporcionalidad exige un equilibrio entre los imperativos de los fines enumerados en el párrafo 2 del artículo 11 (art. 11-2) y los de la libre expresión mediante la palabra, el gesto o incluso el silencio de las opiniones de las personas reunidas en la calle o en otros lugares públicos” (STEDH Ezelin c. Francia, de 29 de abril de 1991).*

En este caso, el imperativo es la garantía de la seguridad pública, pero no se justifica que, en el supuesto de tratarse de una reunión pacífica y sin armas, pueda llegar a considerarse una infracción el hecho de que la manifestación no haya sido comunicada en tiempo y forma, o el hecho de que transcurra por un itinerario distinto al anunciado previamente, o distinto al marcado en la comunicación de la subdelegación del Gobierno. Para garantizar la seguridad pública, podría ser sancionable, lo es de hecho, la perturbación de la seguridad ciudadana (art. 36.1 LOPSC); la

provocación de desórdenes (art. 36.3 LOPSC); la perturbación del desarrollo de una manifestación lícita (art. 36.8 LOPSC). Pero si se sanciona la celebración de una reunión pacífica, en la que no se produce alteración alguna del orden público, ni más molestia que la derivada del mero hecho de que se esté celebrando una manifestación, entonces lo que se está sancionando es la falta de comunicación, y la finalidad, entonces no puede ser la preservación de la seguridad ciudadana, de modo que hay una evidente desconexión entre el fin declarado y la medida adoptada de la que se deriva la falta de proporcionalidad de la medida limitativa de derechos.

c) Si no sabemos qué tipo de actuación es reprochable administrativamente, es que no se cumple el principio de taxatividad (arts. 37.3 y 37.7 LOPSC y art. 25 CE).

El intento por formular declaraciones conformes de la ley en preceptos que, o bien son claramente restrictivos de derechos, o bien pertenecen al ámbito del derecho administrativo sancionador suponen un perjuicio mayor para el ordenamiento, del que se derivaría de la expulsión de esas mismas normas del sistema de fuentes.

Las sentencias interpretativas, “*rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el TC considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados*” (STC 5/1981). El problema, en este caso, es que el primer aplicador de la norma declarada conforme bajo ciertas condiciones va a ser, precisamente, el sujeto llamado a limitar el ejercicio del derecho fundamental en conflicto, según la lógica y finalidad de la LOPSC a la que hemos hecho referencia en las primeras líneas de este voto. Y ese sujeto será conocedor de la norma, pero no necesariamente de la sentencia que dice cómo ha de ser interpretada. Y hasta que llegue el asunto a ser dirimido por un juez que sea capaz de aplicar la adecuada interpretación conforme, el derecho a la intimidad, o la garantía de no devolución, o el derecho de manifestación ya habrán sido menoscabados, y la reparación será muy difícil. Se estará produciendo el, tantas veces rechazo por el Tribunal de Estrasburgo, efecto desaliento en el ejercicio legítimo de los derechos (chilling effect).

Las sentencias constitucionales interpretativas, en materia de garantía de derechos fundamentales frente a la potestad sancionadora del Estado, y, en particular, frente a la potestad sancionadora de la administración, no aseguran una interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, sino todo lo contrario, conforman la interpretación más

amplia posible de esos límites dentro de los márgenes de la constitucionalidad. Y eso no es conveniente, ni para la garantía de los derechos, ni para la garantía del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En suma, si bien las sentencias interpretativas son resultado de la aplicación de los principios de conservación de la ley y de interpretación conforme a la Constitución, pueden no ser siempre compatibles con la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3) y, tratándose de derecho sancionador, con las garantías de tipicidad y taxatividad (legalidad sancionadora art. 25.1 CE). Entiendo que el Tribunal debiera haber aplicado en este caso la máxima de que si la interpretación introduce un grado de complejidad en la aplicación de la norma mayor que la derivada de la propia norma, es porque, evidentemente, la interpretación conforme es más bien reconstrucción de la norma y, por tanto, la norma impugnada seguramente era incompatible con el parámetro de control.

El FJ 8 de la STC 341/1993, a propósito del enjuiciamiento de la anterior ley de seguridad ciudadana, lo expresaba de este modo: “ *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 2º). La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales*”.

En la sentencia de la que disiento, me parece claro que la eficacia del mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana se impone a costa de derechos y libertades fundamentales, y crea márgenes de incertidumbre sobre la forma de afectación y de garantía de dichos derechos. Prueba de ello son las declaraciones conformes de constitucionalidad de los artículos 37.3 LOPSC (fundamento jurídico 6 E) y 37.7 (fundamento jurídico 6 F).

El art. 37.3 LOPSC establece que “*el incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos*”. La sentencia reconoce que esta redacción puede producir efecto desaliento en el ejercicio del derecho al abarcar cualquier alteración menor en el desarrollo de las reuniones o manifestaciones, de modo que interpreta esta expresión diciendo que las alteraciones deben ser “*verdaderamente relevantes, en el sentido de presentar una determinada entidad y gravedad e la medida en que, por tratarse de un precepto del derecho administrativo sancionador, su aplicación debe ser el resultado de una interpretación restrictiva*”. Por tanto el Tribunal, por vía interpretativa ha modificado el contenido del precepto y las alteraciones menores han pasado a ser alteraciones relevantes por su entidad o gravedad. A mí me parece que estirar el significado de una palabra para hacerle decir lo contrario es reconocer que la expresión contenida en el precepto no respeta los límites que dice aplicar la sentencia.

El art. 37.7 LOPSC, considera infracción leve las ocupaciones bienes inmuebles o permanecer en ellos –contra la voluntad de su propietario- cuando no sea delito y la ocupación vía pública con infracción de lo previsto en la ley o contra la decisión en contrario de la autoridad competente. Por tanto, se sanciona la ocupación, cuando no sea delito y, junto a ello una serie indefinida y seguramente muy amplia de conductas.

Este precepto presenta un claro vicio de falta de taxatividad, y la interpretación conforme que realiza la sentencia no lo supera, sino que ahonda en él. El precepto adolece de una falta de concreción que vulnera claramente el principio de tipicidad, previsto en el artículo 25.1 CE. No se concreta qué ha de entenderse por “ocupación”, si habría de concurrir violencia o intimidación, o bastaría con la simple presencia simultánea de personas en tal espacio común, incluso de forma totalmente pacífica. Este precepto podría aplicarse a una acampada reivindicativa, a la instalación de mesas de petición de firmas en una plaza pública sin cobertura legal o contra la orden de la autoridad en aplicación de la ley, o a la instalación de una persona sin domicilio en la calle para pasar la noche, pasando por otro número indefinido de situaciones que no se concretan.

La vía pública, en cuanto espacio de participación, alberga multitud de actividades que son expresión pacífica de la convivencia ciudadana, ajenas al ejercicio del derecho de reunión, pero que pueden estar vinculadas al ejercicio de otros derechos y libertades. Por eso, las eventuales limitaciones han de ser interpretadas con criterios restrictivos y en el sentido más

favorable a la eficacia y esencia de tales derechos. No vale la pena recordar la jurisprudencia constitucional que lo reitera hasta la saciedad. Lo hace muy adecuadamente la sentencia. Ahora bien, siendo esto así, no puedo llegar a la misma conclusión que alcanza la sentencia, porque el tipo infractor no satisface ni las exigencias del principio de taxatividad (art. 25.1 CE), ni del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Hemos mantenido la necesidad de que el legislador realice el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos sancionadores, lo que no impide el uso de conceptos jurídicos indeterminados (STC 151/1997, FJ 3), pero si el empleo de formulaciones tan abiertas «que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (SSTC 100/2003, FJ 2; 26/2005, FJ 3; 242/2005, FJ 2; y 104/2009, FJ 2). De conformidad con la referida doctrina, en el caso del precepto impugnado estamos ante una norma sancionadora en blanco, dado que la ley cuya infracción o cuya aplicación determina la sanción por ocupación de la vía pública es externa a la propia LOPSC, sin que en ningún momento se concrete de qué ley se trata, ni el tipo de decisión, en confrontación con la cual se origina el comportamiento prohibido. Además, el hecho de establecer una infracción administrativa en una disposición estatal sobre hechos que ya están sancionados por las ordenanzas municipales, no hace más que redoblar el esfuerzo punitivo sobre quienes ocupan el espacio público en defensa de intereses propios o, en la mayoría de los casos, colectivos, y sobre sectores de población excluidos, a los que se sigue colocando bajo el espectro de la vulneración de la ley por el mero hecho de estar en un lugar en el que el resto de la sociedad no quiere verlos, y a los que se somete a sanciones que difícilmente van a poder afrontar. El resultado es la deslegitimación de estas personas y de la forma en que abordan sus reivindicaciones, banalizando así la importancia de ser tomadas en cuenta por los poderes públicos.

2. El derecho a la intimidad personal, y la dignidad de la persona son límites infranqueables a los registros corporales externos [art. 20.2 b) LOPSC y art. 18 CE].

El art. 20.2 b) LOPSC habilita a las y los integrantes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, sin intervención de autoridad judicial alguna, para realizar registros corporales externos, es decir cacheos, en los que admite la posibilidad del desnudo parcial o incluso integral. Ciertamente es que la sentencia descarta la posibilidad del desnudo integral, pero no lo es menos que no explica las razones que le conducen a entender de este modo el precepto. Se limita a afirmar que el art. 20 LOPSC no ampara los supuestos de desnudo integral, sin llevar esta consideración al fallo, y sin que esa consideración pueda deducirse de la dicción literal del precepto.

La sentencia entiende en el FJ 4 C) que “la “existencia de indicios racionales” que permitan el hallazgo u obtención “de instrumentos, efectos u otros objetos” relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención encomendadas legalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20.1 LOPSC), con el fin de preservar la seguridad ciudadana”, es el fin constitucionalmente legítimo que justifica la limitación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Es decir, es la prevención del delito y la indagación de la comisión de eventuales infracciones la que justifica la limitación del derecho sin intervención judicial alguna (en este sentido se pronuncia expresamente la sentencia en el apartado D del FJ 4).

La redacción del precepto deja un margen tan sumamente amplio al criterio discrecional de los agentes de la autoridad, que no hay modo de entender que la medida prevista es proporcional al sacrificio del derecho desplazado, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal ha venido reconociendo que los cacheos con desnudo suponen una intromisión grave en el derecho a la intimidad personal (STC 218/2002). La sentencia afirma que teniendo en cuenta el fin legítimo perseguido (indagación y prevención del delito) la medida es idónea y necesaria, ofreciéndose garantías para su realización con un mínimo impacto en el derecho. Pero no estoy de acuerdo ni con que la finalidad de la medida la justifique, ni con su idoneidad ni su necesidad, porque el margen de indefinición de la misma es tan amplio que un juicio indubitado al respecto resulta imposible.

En primer lugar, el presupuesto habilitante para adoptar la medida es que existan “indicios racionales” que puedan conducir al hallazgo de efectos u objetos relevantes para el cumplimiento de las funciones policiales de indagación o prevención (art. 20.1 LOPSC). Así configurada, la finalidad directa de este precepto no es garantizar la seguridad ciudadana, sino asegurar el cumplimiento de las funciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado prevista en el art. 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (función de asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito). Por tanto, se sacrifica un derecho íntimamente ligado a la dignidad humana, para que la autoridad policial pueda completar su función indagatoria, sin que necesariamente esté comprometida la seguridad pública en el momento de la intervención corporal externa. La norma no satisface el canon de previsibilidad, porque no concreta los motivos específicos que han de concurrir para adoptar una medida de esta naturaleza. Tampoco se precisan cuáles son los instrumentos u objetos que por su relevancia -potencialidad para generar un riesgo grave para la seguridad ciudadana-, puedan justificarla; ni los hechos o circunstancias que puedan

desencadenar la intervención policial (comportamientos delictivos o peligrosos susceptibles de infracción administrativa, su comisión o la simple amenaza o intención de cometerlos, etc.).

Autorizar la práctica de un registro corporal externo que pueda conllevar un eventual desnudo para prevenir o investigar, dado el caso, cualquier infracción administrativa resulta claramente desproporcionado, e ignora además la perspectiva de género y el impacto diferente que tiene sobre la intimidad personal un desnudo en virtud del sexo de la persona que lo sufre. El principio de proporcionalidad tampoco puede entenderse satisfecho por la exigencia de que el registro sea realizado con respeto a los principios de injerencia mínima, de menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (apartados 3 y 4), porque las garantías previstas dejan abierta la opción de que, en caso de urgencia, no se atiende a las mismas, abriendo de nuevo un amplio margen a la discrecionalidad del agente de la autoridad. El precepto autoriza un comportamiento policial determinado, no establece una garantía frente a la actuación policial en absoluto y al formular las garantías de la intervención en realidad muestra de forma clara sus costuras, porque se ha limitado a elevar a rango legal, la Instrucción núm. 12/2007 sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial.

El precepto es insuficiente, y no se puede salvar interpretando que excluye los cacheos integrales que son los más invasivos, porque nada dice la norma al respecto. Como se decía en el voto particular a la STC 17/2013, de 31 de enero, en relación con los registros en los centros de internamiento de extranjeros “la falta de calidad de ley es tan abrumadora en este caso que hubiera debido determinar una declaración inconstitucionalidad del precepto por vulneración del art. 18.1 CE. La garantía de la previsión legal es sólo uno de los condicionantes de la constitucionalidad de la limitación de este derecho fundamental. Sin embargo, esta garantía no queda limitada al hecho de que una ley habilite la medida, sino que es preciso, conforme a exigencias mínimas de calidad de la ley y de respeto al contenido esencial del derecho -como mandato dirigido al legislador de los derechos fundamentales- (art. 53.1 CE), que en esa regulación el legislador predetermine, como primer obligado a realizar la ponderación de derechos o intereses en pugna, los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales”.

En este caso la predeterminación normativa formulada es insuficiente. Y, por tanto, la letra b) del art. 20.2 vulnera el derecho a la intimidad corporal del artículo 18.1 CE, por lo que debió ser declarado inconstitucional y nulo.

3. La devolución en frontera criminaliza al migrante irregular y la sentencia le impide, de facto, defender ninguno de los derechos humanos de que es titular (disposición final primera LOPSC).

Como sucede en relación con el examen del régimen sancionador de la ley, al que ya me he referido, la interpretación de su disposición final primera que legaliza una práctica habitual en las fronteras terrestres de España con Marruecos -de Europa con África- a la que conocemos como “devoluciones en caliente”, ignora el contexto en que se aprobó el precepto impugnado.

El análisis de ese contexto -bien conocido- conduce a la conclusión de que la finalidad de la disposición final primera LOPSC no fue establecer un procedimiento diferente de los ya previstos legalmente en la normativa de extranjería para la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, sino prescindir de todo tipo de procedimiento, dando cobertura legal a una actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, consistente en que las personas interceptadas en el vallado son entregadas sin ningún tipo de procedimiento a agentes de la autoridad de Marruecos. Esta conclusión se ve reforzada con la ausencia en la literalidad del precepto, de cualquier referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento; la evidencia de que, a pesar del tiempo transcurrido, no se ha establecido ningún desarrollo reglamentario regulador de procedimiento alguno; y el hecho de que, en la práctica administrativa de la ejecución de los rechazos en frontera, no se haya procedido a actuar con sometimiento a ningún tipo de procedimiento.

Esa lectura del precepto es la que realizan los recurrentes, al considerar que se trata de una regulación que establece una vía de hecho en la actuación administrativa contraria a la Constitución. Por tanto, la constitucionalidad controvertida por los diputados recurrentes si bien se dirige formalmente, como no puede ser de otra manera, contra un precepto legal, denunciando la vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE (y derivadamente invocando los arts. 13.4 y 15 CE), lo hace con el telón de fondo de una concreta práctica administrativa, que es la que, en última instancia, los recurrentes consideran contraria al régimen constitucional español.

La opinión mayoritaria ha concluido que este precepto es constitucional condicionado a que se interprete de conformidad con una serie de consideraciones que se hacen en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: (i) aplicación a las entradas individualizadas; (ii) pleno control judicial y (iii) cumplimiento de las obligaciones internacionales; llevándolo así al fallo.

En el contexto ya señalado de la finalidad perseguida por el precepto impugnado, este fallo implica dos cosas. Por un lado declara constitucional el establecimiento de una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, siempre que se cumplan las condiciones señaladas, ya que no se declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto sino que se condiciona a una interpretación conforme. Por otro, desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla, como se viene aplicando hasta ahora, sin la posibilidad de control judicial y respeto a las obligaciones internacionales, entre las que destaca la individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad.

Estando de acuerdo con que el rechazo en frontera, para ser constitucionalmente válido, debe poder someterse a control judicial y debe ajustarse al cumplimiento de las obligaciones internacionales (como dicen los puntos 2 y 3 del apartado 3º del fallo), no puedo sino hacer notar lo paradójico de la sentencia en este punto. Porque la disposición impugnada, si algo hace imposible, es tanto el control judicial de las devoluciones, como la posibilidad de ajuste a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, que son parte de nuestro propio sistema de fuentes (art. 96.1 CE).

Hay presupuestos de la opinión mayoritaria en que se sustenta la declaración interpretativa de constitucionalidad que comparto:

(i) Al régimen del rechazo en frontera establecido en el precepto impugnado le son aplicables todas las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por ser una actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, como por desarrollarse en territorio español, pues las vallas de las ciudades autónomas están ubicadas y construidas dentro de dicho territorio y no existe cobertura constitucional para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española, aunque lo sea a los meros efectos de determinar la aplicación de la legislación de extranjería, ya que ello vulnera el art. 9.3 CE.

(ii) El establecimiento de un régimen de control para los supuestos de acceso a territorio nacional mediante el traspaso de las vallas de Ceuta y Melilla no puede considerarse, desde la perspectiva constitucional, irrazonable o carente de justificación, en atención a su singularidad.

(iii) La actuación en que consiste el “rechazo en frontera” debe estar sometida al control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona afectada; ha de llevarse a cabo dando cumplimiento de un modo real y efectivo a las garantías que a las personas afectadas reconocen las normas internacionales de derechos humanos; y los cuerpos y fuerzas de seguridad deben prestar especial atención en estas actuaciones a las categoría de personas especialmente vulnerables.

Por el contrario, no estoy de acuerdo con algunos de los presupuestos utilizados en el razonamiento de la opinión mayoritaria y con la omisión de otros, que considero eran relevantes en el enjuiciamiento de constitucionalidad desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE.

(i) La opinión mayoritaria alude en su razonamiento a que la STEDH de 13 de febrero de 2020, *caso N.D. y N.T. v. España*, en consideración a las circunstancias del caso concreto que resuelve, establece como condición para considerar que las devoluciones se ajustan a las exigencias del art. 4 del Protocolo 4 CEDH –prohibición de las devoluciones colectivas- que el intento de acceso al territorio español sea prevaliéndose de su gran número y del uso de la fuerza. A pesar de ello, la sentencia sostiene que, con carácter general, no es necesario que se aprecien estas circunstancias para aplicar el precepto impugnado, sino que basta con que se sorprenda en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla cualquier intento de entrar en España por cualquier persona, individualmente considerada. De hecho, esta consideración es llevada al fallo cuando se concreta que una de las condiciones de la constitucionalidad de este precepto es: “1. Aplicación a las entradas individualizadas”.

Resulta absolutamente contradictorio afirmar que el rechazo en frontera debe cumplir con la normativa internacional de los derechos humanos, entre la que se encuentra el art. 4 del Protocolo 4 CEDH, y establecer al tiempo que no es necesario que se cumpla una de las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para validar un rechazo en frontera como sujeto a la prohibición de las devoluciones colectivas, que es la realización de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada una de las personas a expulsar. Si el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximo y auténtico interprete de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, ha dictaminado en la citada STEDH de 13 de febrero de 2020, que la devolución inmediata y forzosa de personas desde una frontera solo resulta asumible en el contexto del intento de un gran número de personas de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva; entonces, la posición de la opinión mayoritaria de ampliar la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es lo que se hace en el apartado 3º, punto 1 del fallo -“aplicación a las entradas individualizadas”-, se contradice con lo establecido en el apartado 3º, punto 3 del fallo -“cumplimiento de las obligaciones internacionales”-.

(ii) La opinión mayoritaria también hace referencia a que el “rechazo en frontera” es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por parte de las personas extranjeras que intentaron cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre.

Ahora bien, entiendo que esa categorización alcanzaría, en su caso, al acto de la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos. Este segundo acto es constitutivo de una devolución en sentido jurídico. El uso del término rechazo en el precepto impugnado no permite eludir el hecho de que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Por tanto, el precepto impugnado, en atención a su propia literalidad, no establece una regulación consistente en impedir el acceso a territorio nacional -la persona interceptada está ya en territorio nacional- sino en impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia. De ahí que esta regulación y las actuaciones que pretende dar cobertura tengan que ser calificadas como una devolución en sentido jurídico que, por otra parte, es como también han sido definidas por la STEDH de 13 de febrero de 2020, § 191.

Un acto de estas características -la entrega física de una persona bajo jurisdicción española a otra jurisdicción-, con todas las trascendentales implicaciones que ello supone en cuanto a la titularidad de derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de la persona afectada es de tal relevancia y magnitud jurídica que, desde la perspectiva constitucional, no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento en que se dé cumplimiento a unas mínimas garantías.

La singularidad de la ubicación de Ceuta y Melilla podría ser un elemento justificativo, desde la perspectiva constitucional, para establecer un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería. Ahora bien, no existe justificación constitucional alguna, desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, para que la “restauración de la legalidad migratoria transgredida” se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del respeto de garantías esenciales. La grandeza del sistema de libertades y de derechos humanos, elemento material necesario para la identificación de un régimen como democrático, consiste, entre otras cosas, en responder frente a una presunta irregularidad con el respeto a unas mínimas garantías procedimentales en la imposición de las consecuencias jurídicas que se deriven de esa conducta.

Por otra parte, no alcanzo a comprender de qué manera es posible conjugar la idea de que el rechazo en frontera debe categorizarse como una mera actuación material coactiva que, constitucionalmente, no requiere de un procedimiento ni del respeto a unas mínimas garantías, con (i) la tajante afirmación de que el “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional; y (ii) las condiciones de constitucionalidad del precepto impuestas en el fallo de que deba possibilitarse tanto su control judicial como el respeto a las obligaciones internacionales en cuanto a la individualización e identificación de eventuales situaciones de especial vulnerabilidad.

En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto.

Del mismo modo, sin ese mínimo procedimiento, es imposible hacer reales y efectivas las garantías constitucionales esenciales propias de todo procedimiento de restauración de la legalidad migratoria mediante la devolución establecidas en la jurisprudencia constitucional, que se han concretado, con carácter general, en la publicidad de las normas, contradicción, audiencia

del interesado y motivación de las resoluciones; y, en conexión con el art. 22 LOEx, en los derechos de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, tendentes a garantizar el derecho de defensa (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12).

(iii) Considero, además que la disposición final primera LOPSC, resulta inconstitucional por su oposición a los arts. 13.4 y 15 CE en relación con el derecho a la protección internacional y el principio de no devolución.

La sentencia, amparándose en el contenido de los apartados segundo y tercero del precepto impugnado, considera que no se exceptiona ni la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, ni el régimen legal de protección internacional, a pesar de lo cual, en el fallo condicionan la constitucionalidad de precepto a que el rechazo en frontera se desarrolle en respecto a esas obligaciones internacionales. El problema del proceso argumental desarrollado por la opinión mayoritaria sobre este particular es, de nuevo, hacer compatible la interpretación de apartado primero del precepto impugnado, conforme al cual se considera el rechazo en frontera como una mera actuación material coactiva que por su propia naturaleza quedaría excluida de cualquier tipo de procedimiento administrativo, con las exigencias impuestas en los otros dos apartados de la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y el derecho a la protección internacional.

La afirmación de que de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, al ejecutar un “rechazo en frontera”, los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, resulta claramente insuficiente desde el momento en que no se explica de qué modo puede hacerse efectivo el cumplimiento de esas obligaciones en ausencia de un procedimiento desarrollado con unas mínimas garantías esenciales. Si algo garantiza la existencia de un procedimiento es, precisamente, la identificación singularizada de las situaciones que rodean a las personas, y que pueden hacer de ellas sujetos particularmente vulnerables por ser menores de edad, demandantes de asilo o protección internacional, víctimas de trata, o personas enfermas. La opinión mayoritaria ejemplifica esa necesaria atención con la descripción de situaciones de especial vulnerabilidad apreciables externamente -personas que aparenten manifiestamente ser menores de edad o afectadas por serios motivos de incapacidad, y mujeres embarazadas-. Pero resulta evidente que esta apreciación denota ignorancia de las situaciones que se viven en la frontera sur. La edad de

las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla -como constata el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016)-, y mucho menos evidente es que vayan a intentar un salto mujeres en evidente estado de gestación, personas con discapacidad aparente y “seria”. Las salvaguardas previstas en la sentencia se apartan tanto de la realidad de las cosas que la salvaguarda deja de serlo.

Más allá de ello, hay que recordar que se dan situaciones de especial vulnerabilidad que no tienen por qué ser fácilmente aprehensibles, y para cuya identificación sería preciso el desarrollo de un procedimiento con las garantías suficientes que atienda a esas necesidades de identificación. La Constitución no habilita a estimar de menor consideración, a los efectos de lo que ahora se discute, a una víctima de trata de seres humanos o de otras formas de violencia de género, a un potencial solicitante de protección internacional o a una persona menor de edad que no tenga la apariencia de tal, que a una mujer embarazada, a una persona con claros signos de padecer serios motivos de incapacidad o a un menor de edad cuya apariencia física no permitirá dudar de su minoría. La apelación que hace el derecho internacional de los derechos humanos, como también la Constitución española, a las necesidades de protección de las personas especialmente vulnerables, nada tiene que ver con lo evidente a primera vista de la situación. La ausencia de apariencia o evidencia de esa situación de especial vulnerabilidad no priva a la persona de la protección constitucional que le debe ser dispensada. Sin embargo, el rechazo en frontera, considerado como mera actuación material coactiva no sometida a procedimiento, impide no solo la exigible actitud proactiva de la administración pública en la identificación de esas situaciones, sino, lo que es más grave, imposibilita siquiera la alegación de la persona afectada de su condición de vulnerabilidad.

Además, el cumplimiento de las obligaciones internacionales como condición impuesta por la opinión mayoritaria para la constitucionalidad de la regulación de rechazo en frontera deviene ya imposible, al menos, en lo que se refiere a los menores de edad. El dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016) ya ha establecido que la práctica de este tipo de devoluciones sumarias practicadas por los funcionarios públicos españoles supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 -protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar- y 37 -no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que no permite someter a la persona menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación

personal y de la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable previa a su entrega a las autoridades de Marruecos y no se le da la oportunidad de presentar objeciones a esa devolución (apartados 14.7 y 14.8).

Tampoco puede obviarse, en lo relativo a la imposibilidad real y efectiva del cumplimiento de la condición de constitucionalidad impuesta de respeto de las obligaciones internacionales, la incidencia del rechazo en frontera sobre la identificación de necesidades de protección internacional. La STJUE de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, recuerda la circunstancia de que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional. En este contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco acabó de apreciar la viabilidad de un pronunciamiento interpretativo como el sustentado por la opinión mayoritaria ante la invocación del art. 13.4 CE. Si de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitaria, un agente de fronteras, como los llamados a aplicar el rechazo en frontera, tienen la condición legal de “otras autoridades” para recibir solicitudes de protección internacional, la ausencia de un mínimo procediendo con respeto a garantías esencial imposibilita también el cumplimiento de esa obligación internacional que se impone como condición de constitucionalidad del precepto impugnado.

En consecuencia, considero que la disposición final primera por la que se introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social debería haber sido declarada inconstitucional y nula, al no posibilitar de una manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad establecidas en el FJ 8 C) y en el apartado 3º del fallo.

En síntesis, la sentencia aprobada, y, en particular, su fallo, son, a mi juicio, inconciliables con la idea misma de la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Y son, además, contradictorias con la única razón de ser que entiendo legítima para una ley de protección de la seguridad ciudadana: asegurar que la garantía de la tranquilidad social y la convivencia pacífica no se materialice en detrimento del ejercicio de los derechos que están llamados a alterar esa tranquilidad, para asegurar el pluralismo político y defensa de los derechos de quienes presentan mayores dificultades para vivir tranquilos y en paz.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veinte.