



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La STC de 19 de noviembre de 2020 sobre  
la LO 4/2015, de 30 de marzo, de  
Protección de la Seguridad Ciudadana

Presentado por:

*Diego Pelaz Marcos*

Tutelado por:

*Juan María Bilbao Ubillos*

*Valladolid, 28 de junio de 2021*



## **RESUMEN**

Este trabajo analiza la Sentencia de Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2020 sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Se estudian algunos de los elementos más controvertidos de la LOPSC, como son los cacheos, las grabaciones de video a los policías y el nuevo régimen de rechazo en frontera, comparando el punto de vista de los recurrentes con la decisión del Constitucional y explicando cómo se ven afectados los Derechos Fundamentales. Finalmente se constata que la sentencia avala la mayoría de los preceptos de la LOPSC, interpretando como deben ser entendidos alguno de ellos.

## **ABSTRACT**

This work analyses the Constitutional Court Judgment, dated november 19 2020 on Organic Law on the Protection of Citizen´s Security. Some of the most controversial elements of the LOPSC are studied, such as the searches, the video recordings of the police officers and the new border rejection regime, comparing the point of view of the appellants with the decision of the Constitutional Court and explaining how Fundamental Rights are affected. Finally, it is found that the sentence endorses most of the provisions of the LOPSC, interpreting how some of them should be understood.

## **PALABRAS CLAVE**

Sentencia del Tribunal Constitucional, Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, Derechos Fundamentales, cacheos, registros corporales externos, grabaciones a la policía, Derecho de Reunión y Manifestación, rechazo en frontera.

## **KEY WORDS**

Constitutional Court Judgment, Organic Law on the Protection of Citizen´s Security, Fundamental Rights, body searches, video recordings of the police, Right of Assembly and Demonstration, border rejection.



# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>2. OBJETO DE LA LOPSC .....</b>	<b>12</b>
2.1. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO.....	12
2.2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD CIUDADANA .....	14
2.3. CONCLUSIONES .....	15
<b>3. REGISTROS CORPORALES EXTERNOS.....</b>	<b>15</b>
3.1. CACHEOS.....	15
3.1.1. Controversia.....	15
3.1.2. Alegaciones de inconstitucionalidad .....	16
3.2. ¿QUÉ SON LOS REGISTROS CORPORALES EXTERNOS?.....	17
3.3. PRESUPUESTOS HABILITANTES PARA LA PRÁCTICA DE LOS REGISTROS COPORALES EXTERNOS.....	18
3.3.1. Previsión legal actual.....	18
3.3.2. Razonabilidad .....	19
3.3.3. Juicio de proporcionalidad.....	20
3.4. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.....	20
3.4.1. Derecho fundamental a la Intimidad .....	22
3.4.2. Derecho fundamental a la Integridad Física .....	23
3.4.3. Conclusión .....	24
3.5. DESNUDO PARCIAL Y DESNUDO TOTAL.....	24
<b>4. INFRACCIONES VINCULADAS A ACTOS, REUNIONES Y MANIFESTACIONES EN LUGARES PÚBLICOS.....</b>	<b>26</b>
4.1. REUNIONES Y MANIFESTACIONES FRENTE A LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS .....	28
4.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 37.1 LOPSC EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 30.3 LOPSC.....	31
4.2.1. El deber de comunicación previa .....	32

4.2.2.	La ampliación del concepto de organizadores y promotores .....	34
4.3.	OCUPACIÓN DE INMUEBLES Y DE LA VÍA PÚBLICA .....	37
4.3.1.	Ocupación ilegal de inmuebles.....	37
4.3.2.	La ocupación ilegal de la vía pública .....	38
4.4.	CONCLUSIÓN .....	39
<b>5.</b>	<b>EL USO NO AUTORIZADO DE IMÁGENES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO .....</b>	<b>40</b>
5.1.	MARCO JURÍDICO ANTERIOR A LA LOPSC .....	40
5.1.	CONTEXTO ACTUAL DE LAS INTERVENCIONES POLICIALES .....	43
5.2.	EL ARTÍCULO 36.23 LOPSC.....	43
5.2.1.	Infracciones de peligro y de resultado .....	44
5.2.2.	Conceptos jurídicos indeterminados.....	45
5.2.3.	Bienes jurídicos protegidos.....	47
5.2.4.	Sujetos responsables .....	48
5.3.	POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.23 .....	48
5.4.	CENSURA PREVIA Y SECUESTRO ADMINISTRATIVO.....	49
5.5.	CONCLUSIÓN .....	51
<b>6.</b>	<b>EL NUEVO RÉGIMEN DE RECHAZO EN FRONTERA.....</b>	<b>52</b>
6.1.	LA LLEGADA DE INMIGRANTES A LA UNIÓN EUROPEA .....	52
6.2.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LOEx .....	54
6.3.	PROTOCOLO DE LA GUARDIA CIVIL PARA EL CONTROL FRONTERIZO Y LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE .....	56
6.4.	EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA: “EL RECHAZO EN FRONTERA” .....	58
6.4.1.	Dualidad de regímenes: LOPSC y LOEx.....	58
6.4.2.	Elementos fronterizos.....	59
6.4.3.	Rechazo en Frontera .....	60

6.4.4.	Análisis de la Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. Contra España.....	61
6.5.	ANÁLISIS DEL TC.....	65
<b>7.</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>67</b>
<b>8.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>71</b>





## 1. INTRODUCCIÓN

Desde los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, se puso sobre la mesa en todo el mundo democrático el debate entre seguridad y libertad. Las nuevas amenazas parecían justificar legislaciones excepcionales como la *Ley patriota* norteamericana, con menoscabo de los derechos civiles e incluso de los derechos humanos. Las democracias, de pronto parecían más indefensas que nunca ante un nuevo tipo de amenazas que estaban surgiendo, como era en ese caso el terrorismo islámico.

En ese contexto de preocupación internacional creciente por la seguridad, la crisis económica de 2008 trajo consigo además un aumento progresivo de la conflictividad social que en el caso español acabaría estallando después de las medidas de recortes sociales defendidas por el presidente José Luís Rodríguez Zapatero en su discurso ante el Congreso el 12 de mayo de 2010. El llamado movimiento de los “indignados” desafió a las autoridades con su larga acampada en la Puerta del Sol en 2011 y después acabó derivando en la manifestación “Rodea el Congreso”. El 25 de abril de 2013 se produjo una nueva convocatoria, ahora bajo el lema “Asedia el Congreso”.

En Cataluña tuvieron lugar en 2011 hechos similares que revistieron mayor gravedad. El 15 de junio de 2011 cerca de un millar de personas ocupaban los accesos al *Parlament* para evitar que se celebrase la votación de los presupuestos autonómicos marcados por los recortes. El presidente de la *Generalitat*, Artur Mas, tuvo que acceder a la Cámara en helicóptero. Las escenas de violencia y acoso a los diputados catalanes ocuparon las primeras páginas de todos los medios.

Enseguida se puso de relieve el problema que surgía ante las actuaciones de estos colectivos organizados. ¿Estábamos ante el ejercicio del constitucional derecho de manifestación o ante un intento de intimidación a los representantes legítimos y democráticamente elegidos? ¿Era solo un problema de orden público o asistíamos a un desafío al orden constitucional?

La crisis económica tuvo otras manifestaciones como fue el aumento de los desahucios. Los movimientos cada vez más organizados intentaban impedir a la policía, por medio de la fuerza, el desalojo de las viviendas ocupadas, dando lugar a momentos de enorme tensión.

Paralelamente se producía un incremento de la tensión fronteriza en Ceuta y Melilla con la constante presión de la inmigración ilegal, que se vio agravada por la propia crisis económica en el mundo y por las graves situaciones humanitarias creadas en Libia y en Siria.

En agosto de 2014 se produjeron varios intentos de asalto masivo a la valla fronteriza de Ceuta. La actuación de las fuerzas de seguridad se vio cuestionada por organizaciones pro derechos humanos que denunciaron a España ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo por la realización de las llamadas “devoluciones en caliente”. En 2017 el Tribunal condenó al Estado español, si bien ante la solicitud de revisión de este, finalmente en 2020 el TEDH terminaría reconociendo la legitimidad de este tipo de devoluciones bajo determinadas condiciones.

En definitiva, toda una serie de nuevas realidades, que lo único que tenían en común parecía ser la falta de instrumentos legales adecuados para que las fuerzas de orden público pudieran ejercer sus funciones con la máxima eficacia y sin menoscabo de los derechos fundamentales, lo que hizo que el gobierno se planteara una nueva legislación en materia de seguridad ciudadana.

En 2015 el Partido Popular sacaba adelante la nueva ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana con los votos de su propio grupo y los de UPN. La nueva Ley (LO 4/2015 de 30 de marzo), que sustituía a la de 1992, nació rodeada de polémica y pronto fue conocida como “Ley Mordaza”. Finalmente, el 21 de mayo de 2015, 97 diputados del PSOE, 11 de Izquierda Plural y Chunta Aragonesista, 4 de UP y D y dos del Grupo Mixto plantearon un recurso de inconstitucionalidad a los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23 y 37.1 en relación con los artículos 30.3, 37.3 y 37.7, así como la Disposición Final Primera de la LOPSC. Estos preceptos hacían referencia sobre todo a la prohibición de grabar y difundir imágenes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las concentraciones en torno a las Cámaras legislativas, a los registros corporales externos y a las devoluciones en caliente.

El objeto de este trabajo es analizar la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2020 de la cual fue ponente el propio presidente del TC, Juan José González Rivas, que rechazó la mayoría de las impugnaciones presentadas, condicionando la interpretación de algunos preceptos y declarando inconstitucional solo el inciso “no autorizado” de imágenes de las Fuerzas de seguridad por atentar contra el artículo 20.2 de la Constitución relativo a la prohibición de la censura previa.

Al tratarse de un tema de la máxima actualidad son todavía pocos los estudios académicos sobre la LOPSC y menos aún sobre la propia sentencia. La obra de referencia utilizada en este trabajo ha sido el libro colectivo coordinado por Izquierdo Carrasco y Alarcón Sotomayor bajo el título *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad ciudadana*. Se trata de un conjunto de estudios que analizan los aspectos más importantes de la LOPSC, poniéndolos en relación con la legislación anterior, la vigente, el marco constitucional, las directivas

europas y los diferentes sistemas sancionadores. En él se abordan las cuestiones más candentes de la LOPSC como los cacheos, la grabación de imágenes o el control de las fronteras terrestres desde la perspectiva de los derechos humanos. También se ha tenido en cuenta el trabajo de Bilbao Ubillos sobre “la llamada Ley Mordaza” publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*<sup>1</sup>.

Dentro del propio texto de la sentencia se han leído con particular interés las formulaciones y alegaciones de los recurrentes, las de la letrada del Consejo de los Diputados y sobre todo las de la Abogacía del Estado en su intento por la desestimación íntegra del recurso de inconstitucionalidad. Del mismo modo, pero en sentido contrario, se ha valorado el Voto Particular de la magistrada Luisa Balaguer Callejón. De esta manera se ha procurado ponderar los argumentos de los recurrentes y los Fundamentos Jurídicos del TC para ser capaces de valorar e interpretar mejor la decisión última adoptada por el Constitucional.

El contenido de este Trabajo Fin de Grado se ha estructurado en cinco grandes bloques, además de las preceptivas Introducción y Conclusiones. Se ha intentado de esta manera abarcar los aspectos más significativos de la sentencia y presentarlos de forma clara y concisa. El primer bloque presenta la LOPSC, define su objeto y plantea algunas reflexiones sobre las nociones de orden público y de seguridad ciudadana. El segundo capítulo versa sobre los registros corporales externos, su definición, los presupuestos habilitantes para su práctica y los derechos fundamentales afectados. En tercer lugar, se abordan las infracciones vinculadas a actos, reuniones y manifestaciones en lugares públicos (las Cámaras legislativas), y la responsabilidad de sus organizadores y promotores. Se dedica particular atención al bloque cuarto centrado en el uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por ser este el único de los preceptos (artículo 36.23) que se ha visto modificado, al ser declarado inconstitucional el inciso “no autorizado”. La última parte del trabajo, la quinta, se dedica a abordar el nuevo régimen de rechazo en frontera, particularmente relacionado con las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla, incluyendo la reflexiones provocadas por la sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. El trabajo se completa con una relación bibliográfica de las obras utilizadas.

---

<sup>1</sup> Las referencias a esta obra, así como a las demás utilizadas a lo largo de este trabajo pueden verse en el apartado Bibliografía, situado al final de estas páginas.

## 2. OBJETO DE LA LOPSC

La actual Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana tiene el mismo nombre que su predecesora, la Ley Orgánica 1/1992, pero ambas se alejan de los nombres que tenían las leyes anteriores, que, en vez de emplear el término seguridad ciudadana, se denominaban Leyes de Orden Público. Todas estas leyes, tienen en común la regulación de la actividad administrativa para preservar el orden público o la seguridad ciudadana.

La LOPSC se encarga de regular actuaciones y potestades de la Administración, dejando fuera las actuaciones judiciales. Concretamente regula la actividad administrativa de limitación, entendida como aquella en la que la Administración impone restricciones, deberes y ordena imperativamente las actuaciones privadas para garantizar cierto interés público, vigila su cumplimiento y reacciones ante su incumplimiento<sup>2</sup>.

### 2.1. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

La LOPSC se encarga de regular la actividad de limitación dirigida a proteger la seguridad ciudadana, lo que la diferencia de las leyes anteriores a 1992, que se encargaban de regular el orden público. Por tanto, el paso siguiente es analizar los conceptos de seguridad ciudadana y de orden público para definirlos y así poder diferenciarlos.

El orden público aparece mencionado en los artículos 16.1<sup>3</sup> y 21.2<sup>4</sup>, como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

La RAE lo define como: *“la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades”*.

Para Hauriou, el orden público es un *“orden material y exterior considerado como un estado de hecho contrario al desorden, el estado de paz opuesto al estado de desorden”*<sup>5</sup>. La actividad de la Administración va dirigida a mantener el orden, por lo que lucha contra el desorden.

---

<sup>2</sup> REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi/ Thomson Reuters, 2019, p. 44.

<sup>3</sup> Artículo 16.1. “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

<sup>4</sup> Artículo 21.2. “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

<sup>5</sup> HAURIOU, M. “Précis de Droit Administratif et Droit public”, Sirey, París, 8ª ed., 1914, p. 517.

Sin embargo, el orden al que se refiere la noción de orden público no se refiere a un orden total y absoluto, sino a un estado de hecho que reúna unas condiciones mínimas imprescindibles para la convivencia colectiva y para que los ciudadanos puedan desarrollar libremente sus actividades sin temer por su integridad física o por la integridad de sus bienes. Es definitiva, un estado de hecho en el que no haya riesgos excesivos y en el que ni el miedo ni la intranquilidad perturben la convivencia.

Esta concepción de orden público puede englobar otros conceptos más reducidos como la seguridad pública, *“que es el estado de hecho en el que no hay, o los hay en medida reducida y tolerable, peligros para la vida y la integridad física de las personas o de sus bienes provenientes de la violencia, de la negligencia, de los accidentes o catástrofes, tengan éstas origen natural o humano”*<sup>6</sup>.

También entran dentro de la noción de orden público, la salubridad, la tranquilidad y la moralidad públicas. La primera puede definirse como *“el estado social de higiene en el que es posible la salud individual sin riesgo, o reduciéndolo al mínimo, de contraer enfermedades contagiosas, sufrir intoxicaciones y similares”*<sup>7</sup>. En tanto que la segunda, es la *“situación en la que no existen molestias que sobrepasan los inconvenientes normales de la vida en sociedad”*<sup>8</sup>. Finalmente, la moralidad pública se refiere a *“las buenas costumbres y a la protección de menores y de la dignidad de la persona”*<sup>9</sup>.

Todos estos conceptos que se engloban dentro del orden público son importantes, porque como se desprende de la definición antes indicada, el desarrollo de los individuos no solo puede referirse a un desarrollo físico, sino que también al desarrollo moral.

Además de todos estos conceptos, no hay que olvidar uno de los aspectos más importantes del orden público, imprescindible en una sociedad democrática y de derecho y que forma parte de ese mínimo para que la convivencia sea posible, es el disfrute real y efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos. Sin orden público es imposible que los ciudadanos puedan disfrutar de sus derechos y libertades de manera real y efectiva.

También forma parte de la noción de orden público la existencia del Estado y consecuentemente el normal funcionamiento de sus instituciones.

---

<sup>6</sup> REBOLLO PUIG, M. *op.cit.* p. 52.

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> *Ibidem*

<sup>9</sup> *Ibidem*

## 2.2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD CIUDADANA

La seguridad ciudadana aparece mencionada en el artículo 104.1<sup>10</sup> CE, que encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de garantizar la seguridad ciudadana. Por su parte, la seguridad pública también se menciona en el texto constitucional, en el artículo 149.1.29<sup>a11</sup>, como una de las competencias exclusivas del Estado.

A favor del legislador hay que apuntar que efectivamente, como dice en el preámbulo de la LOPSC, la seguridad pública ha sido definida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como: *“la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos”*<sup>12</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha equiparado como sinónimos la seguridad ciudadana a la seguridad pública. En el artículo 1.1 LOPSC se dice que *“la seguridad ciudadana es un requisito imprescindible para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y la libertades públicas”*, lo que implica que en aquellas situaciones de inseguridad ciudadana o de desorden los derechos fundamentales y las libertades públicas no pueden ser ejercidos plenamente por los ciudadanos, lo que lleva a una quiebra del orden público.

De este precepto se puede deducir que la seguridad ciudadana es indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, lo que conecta con la noción de orden público mencionada anteriormente, donde es necesario un mínimo imprescindible para que el disfrute de todos los derechos sea real y efectivo.

De esta forma, se puede afirmar que el estado de hecho material y exterior al que se refería Hauriou es inseparable del disfrute de estos derechos y libertades y, por tanto, lo es de la seguridad ciudadana.

Todas estas ideas son confirmadas por el artículo 3 de la LOPSC, en el que aparecen sus fines, y entre ellos destaca la protección del libre ejercicio de los derechos y de las libertades públicas reconocidos en el ordenamiento jurídico, no solo los fundamentales.

La seguridad pública es uno de los elementos clásicos del orden público, pero es un concepto más amplio que el de la seguridad ciudadana, porque esta solo se ocupa de la seguridad pública para determinados ataques y no para todos.

---

<sup>10</sup> Artículo 104.1. “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

<sup>11</sup> Artículo 149.1.29<sup>a</sup>. “Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

<sup>12</sup> STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al afirmar que la seguridad pública es la *“actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano”*<sup>13</sup>. El TC se decanta por un concepto estricto de seguridad pública en el que no se puede incluir todo lo referente a la seguridad de personas y bienes ni toda norma relacionada con ello, porque si no todo el ordenamiento jurídico estaría entorno a la seguridad pública y por tanto, sería materia exclusiva del Estado.

Respecto a la seguridad ciudadana, el TC afirma que *“forma parte de la materia de la seguridad pública pero que no son equivalentes ni sinónimos”*.

La seguridad ciudadana es *“el estado en el que la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad que les permite el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades fundamentales que la CE y la ley les reconocen, lo que se consigue mediante acciones preventivas y represivas, justificadas en la amenaza que suponen determinados comportamientos objetivamente peligrosos”*<sup>14</sup>.

### **2.3. CONCLUSIONES**

El objeto de la LOPSC es la seguridad ciudadana la cual, teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede afirmar que es un elemento del orden público y además es una parte concreta de la seguridad pública.

Está enfocada a la protección del libre ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico mediante la actividad que desempeña la policía en materia de prevención y si es necesario también de represión. Esto se tiene que diferenciar de la actuación administrativa posterior relativa a la sanción.

## **3. REGISTROS CORPORALES EXTERNOS**

### **3.1. CACHEOS**

#### **3.1.1. Controversia**

Los registros corporales externos o cacheos han sido y son un tipo de actuación policial que siempre ha resultado muy polémica. Por un lado, hay quien sostiene que

---

<sup>13</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 3.

<sup>14</sup> *Ibidem*

constituyen una limitación injustificada de las libertades individuales y, por otro lado, hay quien los defiende como uno de los instrumentos más útiles con los que cuentan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>15</sup>.

Una opinión que resume bastante bien lo que en la práctica es el día a día de los cacheos es el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LOPSC: “es una práctica tan usual como ineludible en la lucha cotidiana contra el tráfico de drogas y la pequeña delincuencia habitual”<sup>16</sup>.

### **3.1.2. Alegaciones de inconstitucionalidad**

El artículo 20 LOPSC, además de ser uno de los preceptos impugnados ante el TC, hace historia en nuestro Ordenamiento Jurídico, porque es la primera vez que se regula de forma expresa la práctica de los registros corporales externos, estableciendo cuáles son sus requisitos y garantías.

Vamos a abordar su estudio desde la perspectiva de las alegaciones de inconstitucionalidad de este artículo que presentaron los recurrentes<sup>17</sup>, según los cuales:

- 1) Permite el desnudo parcial y total sin que concurren las razones de urgencia, necesidad y razonabilidad.
- 2) Permite este registro sin que se tenga que poner en conocimiento ni del Ministerio Fiscal ni del Juez, bastando con dejar constancia escrita del registro, de sus causas y del agente que lo llevó a cabo.
- 3) Los justifica en el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana.
- 4) Vulnera los siguientes derechos fundamentales: derecho a la intimidad personal (art 18.1 CE), derecho a la dignidad de la persona (art 10.1 CE) y derecho a la integridad física y moral (art 15 CE).

---

<sup>15</sup> BRADFORD, B. y LOADER, I., “Policía, delincuencia y orden: el caso de la parada y cacheo policial”, *Indret*, núm. 4, 2017, p. 5

<sup>16</sup> Dictamen 557/2014 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, emitido por unanimidad por la Comisión Permanente en la sesión celebrada el día 26 de junio de 2014.

<sup>17</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 1. a)



### 3.2. ¿QUÉ SON LOS REGISTROS CORPORALES EXTERNOS?

No hay una definición legal de cacheo o de registro corporal externo. Según Tomás Cano Campos, lo único que puede hacerse para obtener una noción clara es ir a las normas que lo regulan y ver la interpretación que ha llevado a cabo la jurisprudencia sobre el tema<sup>18</sup>.

Partiendo de esta base, el artículo 20 plantea una definición de registro corporal externo en los siguientes términos: *“examen o comprobación externa 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”*.

El objeto de los registros corporales externos es el acto material de palpar o tocar superficialmente el cuerpo de una persona y registrar sus ropas, de forma manual en la mayoría de los casos, pero también puede ser mediante el uso de detectores. Sin embargo, el cacheo también se ha extendido al registro de los objetos personales que el sujeto lleva consigo y de los que tiene una disponibilidad física inmediata (mochilas, bolsos, carteras), cuestión a la que parece referirse el artículo 18.1 LOPSC, al regular las comprobaciones en bienes en los lugares públicos<sup>19</sup>.

También hay jurisprudencia que parece equiparar el cacheo al registro de la cavidad bucal. La STS (Sala II) núm. 3/1993, de 15 de enero, consideró que obligar a una persona a expulsar droga que previamente se había escondido en la boca equivale a un cacheo practicado por la policía y no puede compararse ni tener la trascendencia de un registro anal o vaginal por la menor injerencia en la intimidad personal que el registro de la cavidad bucal conlleva.

Los registros corporales, cuando tienen una finalidad preventiva, suponen una actuación material de la Administración en la que se ejercita un poder o potestad que previamente le

---

<sup>18</sup> CANO CAMPOS, T., “Prevenir y cachear: los registros corporales externos”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi/ Thomson Reuters, 2019, pp. 678-682.

<sup>19</sup> Artículo 18.1. Comprobaciones y registros en lugares públicos: “Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones”.

ha sido atribuida por el ordenamiento para garantizar la seguridad ciudadana. La consecuencia principal es que se puede realizar incluso contra la voluntad del sujeto tal y como recoge el artículo 20.4 LOPSC: *“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”*.

### **3.3. PRESUPUESTOS HABILITANTES PARA LA PRÁCTICA DE LOS REGISTROS COPORALES EXTERNOS**

#### **3.3.1. Previsión legal actual**

El apartado primero del artículo 20 LOPSC establece el presupuesto habilitante para que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lleven a cabo el cacheo: *“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”*.

En conexión con este artículo hay que tener en cuenta el artículo 16.1.a LOPSC, que permite que se lleve cabo una intervención policial (como los cacheos) cuando sea necesario para la realización de las funciones de indagación y prevención<sup>20</sup>.

Las intervenciones policiales, como son los cacheos, se justifican según el artículo 4.3 LOPSC, cuando exista una amenaza concreta o un comportamiento objetivamente peligroso susceptible de provocar un perjuicio real a la seguridad ciudadana<sup>21</sup>.

Estos tres artículos son los que concretan el régimen jurídico de los registros corporales externos.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta el artículo 18 LOPSC, que se encarga de regular las comprobaciones y registros en lugares públicos, que podría entenderse como una limitación a las funciones de indagación y prevención a las que se refiere el artículo 20

---

<sup>20</sup> Artículo 16.1.a. Identificación de personas. “En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción”.

<sup>21</sup>. Artículo 4.3. Principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana: “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 colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas. Las concretas intervenciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana se realizarán conforme a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley”.

LOPSC. Pero hay que descartar tal posibilidad, porque el CGPJ, en su Informe sobre el anteproyecto de ley, criticó que el artículo 18 LOPSC fuera el único que regulara los cacheos, y por esa razón se introdujo el que hoy es el artículo 20 LOPSC.

Por tanto, es el régimen del artículo 20 LOPSC el que se encarga específicamente de los registros corporales externos. El presupuesto habilitante de los cacheos es, pues, la existencia de indicios razonables, cuestión esta que ha sido motivo de recurso de inconstitucionalidad al alegar los recurrentes que, tal y como está regulado el régimen de los registros corporales externos, la práctica de los mismos no requiere ni que concurra el principio de razonabilidad ni el de proporcionalidad.

La redacción de este artículo también ha sido criticada por la magistrada del TC María Luisa Balaguer Callejón, que, en su Voto Particular a la sentencia, opina que el precepto impugnado no cumple con el requisito de previsibilidad, por no concretar los motivos específicos que motivan la adopción de esta medida<sup>22</sup>.

### **3.3.2. Razonabilidad**

La práctica de los registros corporales externos suele tener una finalidad preventiva, se realizan para comprobar si un sujeto porta cierto tipo de objetos o sustancias que puedan ser peligrosas o estar prohibidas. De esta forma, hay que determinar cuáles son los presupuestos que autorizan a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad a practicar los cacheos. El poder que tienen los agentes necesita justificación y una razón suficiente, una causa que justifique el cacheo.

Según la doctrina del TS, los registros corporales externos están justificados si cuentan con habilitación legal, si están racionalmente justificados, si se respeta el principio de proporcionalidad y con exclusión de la arbitrariedad. Según el TS (STS 20 diciembre 1993), un cacheo es una medida razonable cuando existen sospechas de la comisión de un posible delito.

La razonabilidad de una sospecha hay que estudiarla desde la perspectiva del profesional que la detecta, porque esta persona ha adquirido una formación y una experiencia práctica que le

---

<sup>22</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre. Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia, pp. 65-66.

permiten valorar las circunstancias y percatarse de algunos detalles que para el resto de las personas pueden ser imperceptibles o insignificantes.

También hay que tener en cuenta que una sospecha será razonable si, tras la práctica del cacheo, se encuentran objetos o sustancias ilegales o susceptibles de cometer un delito o de poner en riesgo la seguridad ciudadana.

### **3.3.3. Juicio de proporcionalidad**

Al ser los cacheos una medida que incide directamente en los derechos fundamentales de las personas sobre las que se practican, dicha medida tiene que superar el triple juicio de proporcionalidad exigible a toda medida restrictiva de derechos fundamentales. Como afirma el TC en la sentencia objeto del trabajo<sup>23</sup>, recordando su reiterada jurisprudencia sobre el tema, este juicio de proporcionalidad se compone de: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

—La medida es idónea en cuanto no hay otra medida que pueda aplicarse que sea menos lesiva, ya que los registros corporales externos son la modalidad más leve y menos invasiva de los registros.

—Es necesaria porque las autoridades han de hacer todo lo posible para impedir que se porten o se utilicen en el espacio público objetos o sustancias susceptibles de crear un riesgo o de poner en peligro a terceros.

—Finalmente, es proporcional por perseguir un fin legítimo, como es la prevención de la comisión de delitos o infracciones administrativas y la preservación de la seguridad y convivencia ciudadanas.

De esta manera, la LOPSC parece autorizar los registros corporales externos cuando se practiquen sin más propósito que el necesario para su objetivo, es decir, que se mantenga un equilibrio entre el derecho fundamental y su limitación legalmente habilitada.

## **3.4. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS**

El artículo 4.1 parr. 2 LOPSC<sup>24</sup> establece que las disposiciones del capítulo III de la LOPSC deben interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los

---

<sup>23</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4.

<sup>24</sup> Artículo 4.1, parr. 2. Principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana: “En particular, las disposiciones de los capítulos III y V deberán interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas,

derechos fundamentales y libertades públicas, lo que parece indicar que esos derechos y libertades a los que se refiere el precepto no son únicamente los de la persona sobre la que se practica el cacheo, sino también los de las demás personas que circulan por la vía pública y que pueden ver amenazada su seguridad por culpa de los objetos o sustancias que porte el sujeto objeto del cacheo.

Por tanto, en esta situación entran en conflicto, por un lado, los derechos fundamentales de la persona que soporta el registro corporal, y por otro, los derechos fundamentales de los terceros que pudieran verse afectados por los objetos o sustancias que portara el sujeto. Sin olvidar los derechos de los agentes que lleven a cabo el registro<sup>25</sup>.

Para determinar qué derechos fundamentales se ven sometidos a restricciones por la práctica de los cacheos, hay que delimitar el ámbito de actuación de estos cacheos, hasta dónde permite llegar el artículo 20 LOPSC.

Según los recurrentes, este precepto habilita a los agentes a practicar cacheos que incluyan desnudo parcial e incluso total, vulnerando el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) relacionado con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y también vulnera el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El registro corporal externo es una medida que, aunque supone un sometimiento legítimo y temporal del ciudadano a la intervención policial, no implica que durante esa intervención se vulneren innecesariamente derechos fundamentales como los mencionados por los recurrentes.

Aunque los recurrentes no lo mencionen en su escrito, hay un derecho fundamental que es el primero en verse afectado por un registro, que es la libertad personal en su vertiente del derecho a la libre circulación. No es una detención en sentido estricto, sino una paralización momentánea del sujeto que restringe temporalmente y de manera provisional su libertad, por lo que no se pueden aplicar las garantías ni las exigencias previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los detenidos. Así lo recoge la STS (Sala II) núm. 1397/2016 de 6 de octubre: *“el cacheo no es una detención sino una restricción de libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna”*; y también el artículo 19 LOPSC: *“las diligencias de identificación, registro y comprobación... no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención”*.

---

singularmente de los derechos de reunión y manifestación, las libertades de expresión e información, la libertad sindical y el derecho de huelga”.

<sup>25</sup> CANO CAMPOS, T, *op.cit.*, p. 695.

### 3.4.1. Derecho fundamental a la Intimidad

El derecho a la intimidad personal es un derecho fundamental unido necesariamente a la dignidad, y garantiza un espacio propio y reservado del que se excluye la acción y conocimiento de terceros y que resulta necesario según nuestra cultura para poder tener una mínima calidad de vida. Este derecho a la intimidad personal es la base de la protección constitucional de la vida privada (Diez Picazo)<sup>26</sup>.

Dentro de la intimidad personal está el derecho a la intimidad corporal, que protege las partes del cuerpo que según nuestro pudor deben estar fuera de la observación ajena. De esta forma, la intimidad corporal solo se vería vulnerada en el caso de que el registro obligara a dejar a la vista partes del cuerpo que por pudor o recato siempre están tapadas por la ropa.

Es obvio que el registro corporal externo del artículo 20 LOPSC puede afectar tanto al derecho a la libertad de circulación como al derecho fundamental a la intimidad personal, pero tan solo incidiría en el derecho a la intimidad corporal cuando se tratara de un registro con desnudo total, que es lo que critican los recurrentes al afirmar que este precepto autoriza el cacheo con desnudo total.

Constatada la incidencia que los registros corporales externos pueden tener sobre el derecho a la intimidad personal, hay que recordar que este derecho fundamental no es un derecho absoluto y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes como el mantenimiento de la seguridad ciudadana. También hay que tener en cuenta que una actuación no es ilegal por restringir o limitar derechos fundamentales.

El TS en las Sentencias 1378/1999, de 6 de octubre, 1133/2010, de 21 de diciembre, y 156/2013, de 7 de marzo, expone de manera sintetizada los requisitos que se tienen que dar en los registros corporales externos para que el derecho a la intimidad no sea vulnerado: ser realizados por una persona del mismo sexo, que se haga según su intensidad y alcance en un sitio reservado y que se eviten situaciones o posturas degradantes o humillantes.

En el artículo 20.2 LOPSC se contemplan expresamente los dos primeros requisitos que impone el TS. Sin embargo, exime de su cumplimiento en casos de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> DIEZ PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 280.

<sup>27</sup> Artículo 20.2 Registros corporales externos. "Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

El tercer requisito presenta una especialidad y es que siempre se tiene que cumplir, porque en caso contrario además de vulnerar el derecho a la intimidad se estaría vulnerando también el derecho a no ser sometido a un trato degradante o vejatorio<sup>28</sup>.

### 3.4.2. Derecho fundamental a la Integridad Física

A la hora de valorar la injerencia de los registros corporales externos en el derecho fundamental a la integridad física, hay que hacer una distinción previa entre los registros corporales externos y las intervenciones corporales, ya que tienen un grado de injerencia distinto y los derechos fundamentales a los que afectan también son distintos y por ello cada uno es merecedor de un régimen jurídico distinto.

El TC (Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre) hizo una clasificación de los registros corporales en función de su grado de injerencia en los derechos fundamentales, siendo los registros corporales externos *“cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, que no afectan a la integridad física porque no producen ningún menoscabo o lesión del cuerpo, aunque pueden afectar al derecho fundamental la intimidad en su vertiente a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad”*.

En la misma sentencia también se definen las intervenciones corporales, entendiendo que son *“las extracciones del cuerpo humano de determinados elementos externos o internos”*, siendo el derecho a la integridad física el que, además del derecho a la intimidad corporal, se ve afectado, porque las intervenciones corporales implican un menoscabo o lesión del cuerpo humano.

De esta forma, estas dos figuras se diferencian en que los cacheos no incluyen riesgo alguno para la integridad física del sujeto, al contrario que las intervenciones corporales, en las que el ordenamiento jurídico contempla mayores garantías, tales como la necesidad de autorización judicial y que sea realizada por un facultativo.

---

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”.

<sup>28</sup> CANO CAMPOS, T, *op.cit.* p. 688.

### 3.4.3. Conclusión

Por tanto, parece sensato afirmar que durante la práctica de un registro corporal externo no se lleva a cabo ningún tipo de intervención corporal, quedando a salvo el derecho fundamental a la integridad física que no se ve afectado, y descartando así una de las alegaciones de los recurrentes.

Sin embargo, según la clasificación hecha por el TC, sí que se ve afectado el derecho fundamental a la intimidad personal y en su caso la intimidad corporal en la medida en que el artículo 20.2.b permite dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por la ropa.

### 3.5. DESNUDO PARCIAL Y DESNUDO TOTAL

Finalmente llegamos al punto más controvertido del precepto impugnado, la cuestión de si el artículo 20.2.b LOPSC permite o no que los registros corporales externos puedan incluir la posibilidad de un desnudo total del sujeto que soporta tal medida.

El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, en su dictamen 7/2015, de 4 de junio, entiende que el tenor literal del precepto (“*si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa*”), no autoriza el desnudo integral por referirse sola y expresamente a partes del cuerpo, sin hacer referencia en ningún momento a dejar a la vista el cuerpo entero, por lo que el propio artículo parece excluir la posibilidad del desnudo integral. Además, el Consejo también argumenta que el título del artículo “Registro corporal externo y superficial” “*no encaja con una intervención tan invasiva de la intimidad corporal como es el desnudo integral, incluso cuando se lleva a cabo en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros*”.

Tal título no invita a pensar que entre las posibles actuaciones de los cacheos esté el desnudo total, porque ese tipo de actuaciones suponen una injerencia mucho mayor en el derecho fundamental a la intimidad.

El cacheo con desnudo total es la modalidad de cacheo más agresiva y no es comparable con las demás modalidades, porque no solo incide en el derecho a la intimidad personal, sino que además afecta al mismo núcleo del derecho a la intimidad corporal en una proporción mucho mayor que los cacheos con desnudo parcial.

También hay que tener en cuenta que el hecho de verse sometido a un cacheo con desnudo total puede incluso llegar a afectar al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y por esa razón la jurisprudencia rodea esta medida de muchas más garantías y exigencias que



las que existen para los cacheos con desnudo parcial. A lo que hay que añadir que dichas medidas y exigencias recogidas en las SSTC 204/2000 (FFJJ 3 y 4), 196/2006 (FJ 4) y SSTS (Sala II) núms. 260/2004, de 23 de febrero, y 677/2009, de 16 de junio, no se contemplan en la LOPSC, al contrario de lo que sucede en el caso de los cacheos con desnudo parcial para los que la LOPSC considera suficiente que *“se lleve a cabo en lugar reservado y fuera de la vista de terceros”*.

En consecuencia, y tal como han señalado tanto la Abogacía del Estado<sup>29</sup> como el TC en la STC 172/2020, de 19 de noviembre, el artículo 20.2.b no ampara ni habilita el desnudo total de las personas que se vean sometidas a un registro corporal externo. Lo que no significa que en nuestro ordenamiento jurídico el cacheo con desnudo integral este totalmente prohibido. Tan solo se permite tal medida, bajo unas determinadas condiciones, en los supuestos de detenidos en las dependencias policiales (Instrucción 19/2005, de 13 de septiembre, de la Secretaria de Estado de Seguridad) y presos en centros penitenciarios (art. 68.2 Reglamento penitenciario).

También es posible el cacheo con desnudo integral para el caso de extranjeros en centros de internamiento, pero solo se podrá llevar a cabo esta medida sin vulnerar el derecho a la intimidad cuando se haga siguiendo los requisitos del artículo 62 quinquies de la Ley de Extranjería: *“que sólo se adopte cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del centro, que la Administración justifique en cada caso su adopción y alcance y que se informe al afectado de la dimensión y la intensidad del registro”*<sup>30</sup>.

El ordenamiento jurídico ha tipificado estos tres supuestos que permiten el cacheo con desnudo total, recogiendo esta medida expresamente y no habilitando tal actuación por medio de la interpretación. En consecuencia, el artículo 20 LOPSC no habilita los cacheos con desnudo integral, porque esta medida tiene una injerencia mayor en la intimidad personal y en la intimidad corporal y además el legislador, de haber previsto la posibilidad del desnudo total, lo habría hecho de una manera clara y expresa, estableciendo las causas habilitantes que lo justificasen, como es lógico en un Estado de Derecho como el nuestro, en el que están garantizadas las libertades individuales de los ciudadanos.

---

<sup>29</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, Antecedente 6

<sup>30</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En su escrito de desestimación del recurso de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado critica a los recurrentes “*que no se puede impugnar una norma basándose en el uso indebido de la misma para supuestos que no están previstos en ella, como ocurre en este caso, en que la norma no está prevista para los desnudos totales*”<sup>31</sup>, como bien ha determinado la doctrina del TC (STC 134/2006, de 27 de abril, FJ 2).

Analizado el precepto, podemos concluir que los registros corporales externos no suponen una intervención corporal y que tampoco habilitan los cacheos con desnudo total, viéndose afectado solamente el derecho a la intimidad personal y en su caso la intimidad corporal si el cacheo supusiera un desnudo parcial. Además, el TC falla que el derecho a la intimidad corporal no se ve vulnerado por los cacheos con desnudo parcial, por ser esta medida idónea, necesaria y proporcional, desestimándose por completo las alegaciones de inconstitucionalidad<sup>32</sup>.

#### **4. INFRACCIONES VINCULADAS A ACTOS, REUNIONES Y MANIFESTACIONES EN LUGARES PÚBLICOS**

El derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE<sup>33</sup>, es un mecanismo de participación imprescindible para el buen funcionamiento de las sociedades libres y democráticas. Es un derecho de titularidad individual pero su ejercicio es colectivo, mediante una asociación temporal de personas.

El derecho de reunión y manifestación no es un derecho absoluto, sino que está sometido a ciertos límites. La LOPSC es la encargada de regular alguno de ellos.

---

<sup>31</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, Antecedente 6

<sup>32</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4

<sup>33</sup> Artículo 21. 1. “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

Los recurrentes consideran que ciertos preceptos de esta ley suponen una limitación excesiva del derecho de reunión y manifestación. Concretamente consideran inconstitucionales los artículos 36.2<sup>34</sup> y 37.1<sup>35</sup> LOPSC en conexión con los artículos 30.3<sup>36</sup>, 37.3<sup>37</sup> y 37.7<sup>38</sup> LOPSC. Para los recurrentes<sup>39</sup>, el artículo 36.2 LOPSC, supone una restricción injustificada del derecho de reunión y manifestación porque consideran que el bien jurídico que pretende proteger la LOPC ya está protegido en los artículos 66.3<sup>40</sup> y 77.1<sup>41</sup> de la Constitución, al garantizar la inviolabilidad e independencia de las Cámaras, lo que solo se puede hacer cuando estas están reunidas. También supone una restricción injustificada que la falta de comunicación previa pueda generar una perturbación grave de la seguridad ciudadana<sup>42</sup>.

A juicio de los recurrentes, el artículo 37.1 LOPSC, en conexión con el artículo 30.3 LOPSC, puede suponer una restricción injustificada del derecho de reunión porque hace posible sancionar como si fueran promotores u organizadores a aquellos ciudadanos que simplemente se unan a una concentración pacífica y espontánea, o que no haya sido previamente comunicada<sup>43</sup>. Por tanto, impugnan una ampliación, a su parecer desproporcionada, del concepto de *promotores* y de *organizadores*.

---

<sup>34</sup> Artículo 36.2. Infracciones Graves: “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”.

<sup>35</sup> Artículo 37.1. Infracciones Leves: “1. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores”.

<sup>36</sup> Artículo 30.3. Sujetos Responsables: “A los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes, por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas”.

<sup>37</sup> Artículo 37.3. Infracciones Leves: “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.”.

<sup>38</sup> Artículo 37.7. Infracciones Leves: “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”.

<sup>39</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 1. b)

<sup>40</sup> Artículo 66.3. “3. Las Cortes Generales son inviolables”.

<sup>41</sup> Artículo 77.1. “1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas.”.

<sup>42</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 1. b)

<sup>43</sup> *Ibidem*.

El artículo 37.3 LOPSC ha sido recurrido porque desde el punto de vista de los recurrentes las alteraciones menores en el desarrollo de un acto público no tienen la entidad suficiente como para ser restrictivas del derecho fundamental de reunión o manifestación.

Respecto al artículo 37.7 LOPSC, se critica la falta de concreción del concepto de ocupación de un inmueble, concretamente, si es necesario que concurran violencia o intimidación o no. Finalmente, sobre la ocupación de la vía pública, tampoco queda claro a qué ley se refiere el legislador. Estas conductas vulnerarían el derecho de reunión y también el principio de taxatividad del artículo 25.1 CE<sup>44</sup>.

#### **4.1. REUNIONES Y MANIFESTACIONES FRENTE A LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS**

El artículo 36.2 LOPSC sanciona como infracción administrativa grave las reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, estén o no reunidas, que perturben gravemente la seguridad ciudadana y que no sean constitutivas de un ilícito penal.

No queda muy claro cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 36.2 LOPSC. Se podría pensar que es la inviolabilidad de las Cámaras, de sus representantes o su buen funcionamiento, pero esta línea de pensamiento queda truncada por el propio tenor del precepto, ya que la infracción se puede cometer estén o no reunidas las Cámaras. Por tanto, cabe suponer que lo que está protegiendo la LOPSC es el edificio por su importancia emblemática. Este artículo parece ser una respuesta a la plataforma “Rodea el congreso” y ha sido calificado como una cláusula *“ad hoc”*.

Es innegable que la elección del lugar de celebración de una reunión o manifestación es uno de sus elementos más importantes, ya que puede ayudar a que el mensaje que transmite tenga más impacto y visibilidad. Las sedes del Congreso y del Senado en España, claramente son lugares que por su importancia y relevancia en nuestra sociedad pueden contribuir a una mayor difusión y, por tanto, son merecedores de una especial protección.

---

<sup>44</sup> Artículo 25.1. “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Esta especial protección la dispensa el Código Penal mediante los delitos contemplados en el Título XXI, Capítulo III, en el que se tipifican los delitos contra las Instituciones del Estado.

Estas conductas descritas en el Código Penal requieren que las Cámaras estén reunidas para que se cumpla el tipo, dejando un vacío que ha venido a llenar el artículo 36.2 LOPSC respecto a cómo sancionar determinadas conductas cuando las Cámaras no estén reunidas. Esto puede ser considerado como un intento de extender las conductas descritas en el CP como lesivas de la inviolabilidad de las Cámaras y de sus miembros, al ámbito administrativo y como una limitación injustificada del derecho fundamental de reunión y manifestación.

En este sentido, autores como Massó Garrote<sup>45</sup> consideran que únicamente se pretende sancionar por protestar y lo interpreta como: *“síntoma de la finalidad de no permitir esta visibilización del malestar social ante los órganos representativos de la ciudadanía”*.

No hay que olvidar que el precepto solo sanciona cuando se ponga en peligro la seguridad ciudadana y además en ningún momento el artículo 36.2 LOPSC menciona la inviolabilidad, sino que pretende proteger la seguridad ciudadana en un determinado lugar que, por su importancia y simbolismo, es más susceptible de ser el emplazamiento elegido para celebrar reuniones y manifestaciones que otros lugares que carecen de esa relevancia.

Entonces si aceptamos, como hacen los recurrentes, la importancia de este tipo de lugares, parece lógico dotarles de una mayor protección.

Es cierto que el CP ya se encarga de ello, pero lo hace en parte, al ser aplicable únicamente cuando las Cámaras estén reunidas, momento en el que cobran su máxima importancia y adquieren más relevancia, lo que hace que las conductas antijurídicas que tengan lugar durante ese tiempo sean ilícitos penales y no administrativos.

Pero esta importancia y relevancia no se pierde por el hecho de terminarse la sesión, sino que siguen presentes, aunque en menor medida, y por ello las conductas antijurídicas cuando no están reunidos los parlamentarios son infracciones administrativas.

Sin embargo, hay que acotar de alguna manera el espacio en el que se aplica esta especial protección que dispensa el artículo 36.2 LOPSC, porque tan solo hace referencia a las reuniones y manifestaciones frente a las sedes del Congreso y del Senado.

---

<sup>45</sup> MASSÓ GARROTE, M.J., “El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, 2016, pp. 101-126

Nuestro Ordenamiento Jurídico deja que sea el delegado del Gobierno el que en cada ocasión valore la perturbación que pueden tener las reuniones y manifestaciones y en función de ello establezca una zona de protección, lo que puede generar una gran casuística y con ello inseguridad jurídica, al no saber los manifestantes a qué atenerse en cada ocasión.

De esta manera, se puede concluir que el artículo 36.2 no castiga sin más las reuniones y manifestaciones frente al Congreso y el Senado, sino solo aquellas en las que en su desarrollo se genere una perturbación grave de la seguridad ciudadana.

El Consejo Fiscal en su informe sobre el anteproyecto de la LOPSC explica que:

*“sólo la exigencia típica de que se produzca una perturbación de la seguridad ciudadana excluye las concentraciones totalmente pacíficas del precepto sancionador, precepto que, por otra parte, encajaría en el ámbito de protección de la norma proyectada toda vez que su artículo 3 (ahora 2) incluye como fin de la misma la garantía del normal funcionamiento de las instituciones”<sup>46</sup>.*

El Tribunal Constitucional en su argumentación defiende la importancia del “lugar de concentración” y especialmente considera que las sedes parlamentarias son lugares particularmente idóneos para el ejercicio del derecho de reunión. Lo considera idóneo por la relevancia que adquiere el órgano legislativo cuando está reunido y también por el valor institucional que tiene, esté o no reunido.

A ojos del Tribunal, los bienes jurídicos protegidos son dos, el normal funcionamiento del órgano parlamentario en sus distintas formas y composiciones y evitar que se produzca una desconsideración del símbolo que encarnan las sedes parlamentarias. El TC considera que el artículo 36.2 cumple con todos los requisitos necesarios para poder limitar el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, por ser idónea, eficaz y proporcionada, a la hora de proteger los bienes jurídicos tutelados<sup>47</sup>.

La magistrada del TC María Luisa Balaguer Callejón, en su Voto Particular, afirma que manifestarse en las sedes del Congreso o el Senado constituye un derecho de participación política que no puede ser calificado como un ejercicio ilegítimo ya que las manifestaciones han ido evolucionando y no son solo expresiones de un conflicto, sino que también son expresión de la democracia<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, p. 23.

<sup>47</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 6.

<sup>48</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre. Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia.

No comparte la opinión del TC acerca de sancionar una manifestación pacífica enfrente del Congreso o del Senado, porque esas manifestaciones forman parte del diálogo político. Además, al ya estar tipificadas en el CP este tipo de conductas no entiende por qué se incorporan también al ámbito administrativo sancionador.

Para la magistrada, la dignidad no se predica de los símbolos sino de las personas, por lo que no considera que proteger el normal funcionamiento del órgano parlamentario y evitar la desconsideración del símbolo que representa, sea suficiente como para limitar el derecho de manifestación.

#### **4.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 37.1 LOPSC EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 30.3 LOPSC**

El deber de comunicación previa es uno de los requisitos principales a la hora de celebrar una reunión o manifestación en un lugar público, lo que no quiere decir que este deber de comunicación previa tenga que ser entendido en el sentido de autorización previa por parte de las autoridades.

#### 4.2.1. El deber de comunicación previa

El artículo 37.1 LOPSC sanciona a los organizadores o promotores que celebren una reunión o manifestación incumpliendo los artículos 4.2<sup>49</sup>, 8<sup>50</sup>, 9<sup>51</sup>, 10<sup>52</sup> y 11<sup>53</sup> de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (LODR).

En estos preceptos se regula el contenido, tiempo lugar y forma, de la comunicación previa. Por tanto, el artículo 37.1 LOPSC sanciona las reuniones o manifestaciones no comunicadas, que no se ajusten al contenido de lo que han comunicado o a las modificaciones que haya podido introducir la autoridad competente para asegurar el buen desarrollo. También sanciona las reuniones o manifestaciones que hayan sido prohibidas por la autoridad gubernativa y aquellas en las que no se hayan adoptado las medidas necesarias para garantizar su buen desarrollo.

Para Estrasburgo, el deber de comunicación previa es compatible con la libertad de reunión y asociación del artículo 11 CEDH, porque considera razonable que las autoridades estén debidamente informadas sobre la celebración de una reunión o manifestación para que puedan asegurar su pacífico desarrollo y poder preservar así el orden público.

De esta manera entiende que es perfectamente sancionable el hecho de incumplir el deber de comunicación previa, pero siempre que se haga de forma proporcionada<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Artículo 4.2. “Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas”.

<sup>50</sup> Artículo 8. “La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante. Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas”.

<sup>51</sup> Artículo 9. “En el escrito de comunicación se hará constar: a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de éstas b) Lugar, fecha, hora y duración prevista. c) Objeto de la misma. d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas. e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa”.

<sup>52</sup> Artículo 10. “Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada, y notificarse en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la comunicación prevista en el artículo 8., de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo”.

<sup>53</sup> Artículo 11. “De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquélla remita inmediatamente el expediente a la Audiencia.”.

<sup>54</sup> STEDH Asunto *Skiba c. Polonia* (2009)



Este deber de comunicación previa genera ciertas dudas alrededor de las reuniones o manifestaciones que surjan de manera espontánea y que, por tanto, hagan imposible cumplir con el plazo de preaviso de la LORDR. Este tipo de concentraciones pueden surgir como respuesta a un hecho de gran relevancia que, por su importancia o impacto, genere una respuesta inmediata en forma de reunión o manifestación. En estos casos puede darse la circunstancia de que, si se cumple con los plazos previstos para la comunicación previa, el mensaje que se quiere transmitir se debilite.

Para este tipo de reuniones y manifestaciones se tendría que regular de tal manera que supusieran una excepción a la norma y los organizadores o promotores no infringieran el artículo 37.1 LOPSC.

El Tribunal Constitucional, en relación con el deber de comunicación previa para el caso de las manifestaciones espontáneas, reitera la jurisprudencia del TEDH y considera que la notificación previa *“no invade la esencia del derecho de reunión, siempre que su finalidad sea permitir a las autoridades garantizar el buen orden de su desarrollo, mediante la adopción de medidas razonables y adecuadas”*. También recuerda que los Estados tienen derecho a sancionar a quienes participen en una manifestación no comunicada, siempre que dicha sanción esté prevista en una ley y sea proporcionada.

Sin embargo, este derecho a sancionar no da “carta blanca” a las autoridades, que deben tener presente el principio de proporcionalidad y valorar en cada caso el interés público de la manifestación y el riesgo que supone su celebración. Por lo que no se puede restringir el derecho de reunión únicamente por incumplir con el requisito de comunicación previa, sino que se deberá tener en cuenta la conducta de los participantes durante su desarrollo y las especiales circunstancias que hayan motivado esa reunión o manifestación.

De esta forma, el TC considera que el artículo 37.1 LOPSC es conforme a la Constitución, ya que el deber de comunicación previa no es una limitación desproporcionada del artículo 21 CE. Tampoco vulnera el derecho de reunión la sanción prevista para las reuniones y manifestaciones que incumplan con el requisito de comunicación previa, porque esta sanción está prevista en la ley y el castigo previsto es proporcionado, al ser una infracción leve.

El Tribunal añade al final que *“la eventualidad de un uso desviado de la norma no puede servir de fundamento para su anulación”*<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 6

La magistrada Balaguer Callejón, en su Voto Particular, afirma que el uso que se está dando al requisito de comunicación previa se ha pervertido, dando lugar a un requisito de autorización previa.

La comunicación debe ser entendida no como una sumisión del ejercicio del derecho de reunión a la autorización gubernativa, sino como instrumento al servicio de quienes ejercen el derecho de reunión. De esta forma, la sanción de la falta de comunicación previa transforma este requisito en una sumisión a la autorización administrativa. La seguridad ciudadana no justifica que se considere infracción una manifestación pacífica que no haya sido comunicada en tiempo y forma o porque no siga el itinerario marcado<sup>56</sup>.

#### **4.2.2. La ampliación del concepto de organizadores y promotores**

El artículo 30.3 LOPSC no introduce ninguna novedad respecto al concepto de organizadores y promotores, ya que la Ley de 1992, regulaba en su artículo 23. c) esta materia en los mismos términos que el actual artículo 30.3 LOPSC.

Sin embargo, mientras que el antiguo precepto solo sancionaba a los organizadores y promotores cuando cometían la conducta recogida en el artículo 37.1, ahora aparece como un concepto general, considerando que no solo son responsables de las conductas típicas en las que se les declara como tales, sino que lo son en todos los demás tipos relativos a reuniones y manifestaciones.

Esta idea se fundamenta en que la LOPSC contiene preceptos en los que se refiere a la comisión de infracciones en reuniones y manifestaciones, como el artículo 36.2 LOPSC, y no hace referencia alguna sobre la responsabilidad de los organizadores y promotores. Pero, por otra parte, también regula determinadas conductas como la del artículo 37.1 LOPSC, en las que efectivamente sí que se hace una mención específica de la responsabilidad de los organizadores y promotores.

A la hora de la identificación de estos sujetos, no hay problema con las reuniones y manifestaciones que cumplen con los requisitos de la LODR, es decir, con la comunicación previa, ya que en esta comunicación tienen que identificarse. La dificultad surge a la hora de identificar a los organizadores y promotores cuando no se ha hecho la mencionada comunicación previa.

---

<sup>56</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre. Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia.

El artículo 30.3 LOPSC está pensado para este tipo de casos, porque según la LODR, todas las reuniones y manifestaciones que entren dentro de su ámbito de aplicación deben tener un organizador o promotor.

Lo que pretende el legislador es establecer una presunción según la cual los organizadores y promotores sean considerados los autores de las posibles infracciones que se cometan en el desarrollo de una reunión o manifestación, aun cuando dichas infracciones hayan sido cometidas por otros participantes anónimos. De esta forma, pretende evitar que queden sin castigo los hechos típicos merecedores de sanción, que se cometan en dichas reuniones o manifestaciones.

También es importante mencionar que el artículo 30.3 LOPSC considera responsables tanto a personas físicas como a personas jurídicas. De esta manera se consigue sancionar a las personas físicas que se esconden detrás de la persona jurídica organizadora o promotora de la reunión o manifestación.

Esta forma de regular la responsabilidad de los organizadores y promotores indudablemente llama a la prudencia de estos sujetos, ya que van a acabar siendo los responsables de unos hechos que posiblemente no cometan. Este efecto se conoce como *chilling effect* o efecto disuasorio y ha sido bastante criticado y es una de las razones por la que los recurrentes impugnaron el artículo 37.1 en conexión con el artículo 30.3 LOPSC.

El artículo 30.3 LOPSC choca claramente con los principios de personalidad y de responsabilidad por hechos propios y solo será compatible con ellos, según Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, si se demuestra en cada caso concreto un nexo entre la actuación de los responsables y la comisión de la infracción. Para estos autores, no solo es responsable el autor inmediato que lleva a cabo la infracción, sino también el autor mediano y el coautor, en la medida en que pueda demostrarse dicho nexo, aun cuando no llevasen a cabo la acción típica<sup>57</sup>.

Desde la perspectiva del principio de culpabilidad, Rebollo Puig considera que el artículo 30.3 LOPSC opera de la misma manera que la responsabilidad de las personas jurídicas. Los organizadores y promotores tienen la obligación de vigilar la conducta de quienes participan en la reunión o manifestación, por lo que responden cuando no hayan cumplido esta

---

<sup>57</sup> GÓMEZ TOMILLO, M y SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 551.

obligación de vigilancia, aunque ellos no hayan cometido los hechos. Eso también les permite exonerarse de responsabilidad cuando demuestren que cumplieron diligentemente su deber de vigilar a los participantes. De esta forma, la presunción de responsabilidad de los organizadores y promotores es una presunción “*iuris tantum*” que admite prueba en contrario<sup>58</sup>.

Luego para poder sancionar a los organizadores y promotores, se tiene que demostrar, como se ha dicho antes, una relación de dependencia o nexo entre el autor directo del hecho típico y los organizadores y promotores. Pero además se tienen que dar dos circunstancias. En primer lugar, que la norma reguladora de la extensión de responsabilidad a los organizadores y promotores contemple que estos queden exentos si no se demuestra su culpa o dolo. Y en segundo término, hay que tener en cuenta que aunque se cumpla con todos los requisitos de diligencia en la vigilancia y control de los participantes, siempre habrá conductas que sean muy difíciles o imposibles de controlar y, por tanto, no puede en estos casos atribuirse la responsabilidad a los organizadores y promotores.

Esta última consideración no está prevista en la LOPSC, pero sí que está contemplada en la LORDR en su artículo 4.3<sup>59</sup>, que exonera de responsabilidad civil a los organizadores y promotores “*siempre que no hayan omitido la diligencia razonablemente exigible para prevenir el daño causado*”. Sin embargo, queda la duda de si esta exoneración de responsabilidad se aplica también al ámbito administrativo. Para Huero Lora, sí que se aplica ya que: “*si se admite que el empleo de la diligencia debida exonera de responsabilidad en el ámbito civil, con más razón deberá producir el mismo efecto en el ámbito sancionador*”<sup>60</sup>.

El análisis que hace el TC sobre el artículo 37.1 en conexión con el artículo 30.3 LOPSC, es totalmente opuesto al de los recurrentes. Para el TC, lejos de ampliar la responsabilidad sancionadora, implica un acotamiento o restricción de la misma, ya que la infracción del artículo 37.1 LOPSC no puede ser cometida por los que únicamente participen en las reuniones o manifestaciones no comunicadas, sino que hace falta que tengan la consideración

---

<sup>58</sup> REBOLLO PUIG, M. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAO, Madrid, 1989, p.769.

<sup>59</sup> Artículo 4.3. “Las personas naturales o jurídicas que figuren como organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones, sólo responderán civilmente de los daños que los participantes causen a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonablemente exigible para prevenir el daño causado”.

<sup>60</sup> HUERO LORA, A., “Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi: Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 452-453.

de organizadores o promotores y además que se respeten las exigencias del principio de culpabilidad que *“excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente”*.

Para el TC, los organizadores o promotores solo incurrirán en la conducta del artículo 37.1 LOPSC en caso de dolo o culpa y su responsabilidad se limitará al hecho de que se celebren las reuniones o manifestaciones incumpliendo los requisitos legales y no a todo lo que suceda en ellas, ni a lo que hagan cada uno de sus participantes. Los organizadores o promotores podrán ser exonerados de hechos que no hayan cometido si prueban que no pudieron impedir su comisión a pesar de haber empleado la diligencia debida.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 37.1 en conexión con el artículo 30.3 LOPSC son perfectamente constitucionales.

### **4.3. OCUPACIÓN DE INMUEBLES Y DE LA VÍA PÚBLICA**

El artículo 37.7 tipifica dos conductas: por un lado, sanciona la ocupación de cualquier inmueble contra la voluntad de su titular cuando no sea constitutivo de infracción penal y por otro, la ocupación de la vía pública que infrinja la ley o una decisión adoptada por la autoridad competente, con especial mención a la venta ambulante no autorizada.

#### **4.3.1. Ocupación ilegal de inmuebles**

Como bien dice el propio artículo 37.7 LOPSC, quedan fuera del alcance de la sanción administrativa todas las conductas que sean ilícitos penales, por lo que se excluyen, el allanamiento de morada del artículo 202 CP, el allanamiento de domicilio de persona jurídica o de establecimiento abierto al público, (artículo 203 CP), el allanamiento de domicilio de persona jurídica que suponga una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal (artículo 557 ter CP) y el delito de usurpación de inmuebles (artículo 245 CP), si se produce con violencia o intimidación de las personas y con cierta vocación de permanencia.

Se contemplan, por tanto, conductas mucho menos peligrosas y lesivas que las previstas en el CP, y lógicamente merecedoras de un castigo menor, por lo que son sancionadas administrativamente. De esta manera se puede afirmar que el artículo 37.7 no merece la consideración de “cláusula “antiokupas”, ya que casi todos los comportamientos que regula quedan bajo la esfera del derecho penal.

Consecuentemente, la conducta típica del artículo 37.7 LOPSC solo podrá sancionarse por la vía administrativa cuando las ocupaciones sean, por un lado, de escasa entidad, esporádicas o sin vocación de permanencia y no pretendan usurpar las atribuciones del titular de la propiedad o derecho real de que se trate. Y por otro, siempre que el sujeto ocupante tenga conocimiento de la voluntad contraria a la permanencia, del titular del inmueble o del derecho real.

Para que se cumpla con el tipo no parece necesario un requerimiento previo dirigido al ocupante, sino que basta con que este sepa que está ocupando un bien inmueble ajeno contra la voluntad de su titular. De esta forma, no cabría la sanción si el ocupante no conocía la voluntad del titular y si pone fin a la ocupación en cuanto se le requiera para abandonarla. Solo son delictivas aquellas ocupaciones que supongan un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado.

El Tribunal Constitucional ha concluido que la vulneración del derecho de reunión no entra necesariamente dentro del tipo infractor impugnado, ya que el bien jurídico tutelado que este protege es la seguridad ciudadana.

Para los casos en los que se produzca una ocupación pacífica como resultado de una reunión o manifestación legítima, el TC considera que sancionar como infracción leve tal resultado no es un límite desproporcionado que desincentive el ejercicio del derecho de reunión<sup>61</sup>.

#### **4.3.2. La ocupación ilegal de la vía pública**

Cuando se ocupe la vía pública, la Administración podrá hacer uso de las múltiples herramientas de las que dispone para proteger su patrimonio, teniendo siempre muy presente no vulnerar la garantía del “*non bis ib idem*” ya que para proteger la integridad patrimonial o el uso regular del patrimonio administrativo podrían chocar las sanciones previstas en la LOPSC con las que prevé la normativa de patrimonio de la Administración Pública. La razón de ello es que, como dice Rebollo Puig “*la legislación española no ha establecido una regla general sobre cuál de las normas sancionadoras administrativas en concurso ha de aplicarse preferentemente y las dificultades que surgen cuando las infracciones se recogen en distintas leyes o deben ser aplicadas por distintos órganos*”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 6

<sup>62</sup> REBOLLO PUIG, M., “La protección administrativa del espacio público en particular, mediante sanciones”, en CIERCO SEIRA, C., GARCÍA ALBERO, R. M. y SILVEIRA GORSKI, H. C. (Coords.): *Uso y control del espacio público, viejos problemas, nuevos desafíos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 219-229.

Para resolver el posible concurso de normas, el artículo 31 LOPSC establece unas medidas para determinar cuál es la ley aplicable que, aplicadas al caso del artículo 37.7 LOPSC, dan preferencia a la ley especial, que es la legislación patrimonial, dejando este precepto casi sin aplicación práctica. Solo podría aplicarse cuando la conducta sea susceptible de alterar la seguridad ciudadana en la vía pública, aunque, muchos de estos casos están previstos ya en el Código Penal.

En este caso es evidente para el TC que, como consecuencia de una reunión o manifestación, se pueden producir ocupaciones temporales de calles o plazas sin que ello suponga un ejercicio desproporcionado del derecho de reunión. Pero esto no significa que no se pueda modular su ejercicio para no invadir otros derechos y libertades.

Respecto a la conducta descrita en el párrafo segundo del artículo 37.7 LOPSC, solo será sancionable la ocupación pacífica de la vía pública cuando infrinja lo dispuesto en una ley, por lo que la norma a la que se remite el precepto debe tener rango de ley. Estamos ante una norma sancionadora en blanco.

#### 4.4. CONCLUSIÓN

Los preceptos analizados en este capítulo castigan conductas de protesta ciudadana a las que en muchas ocasiones se les puede poner nombre y apellido. Por ejemplo, el artículo 36.2 LOPSC claramente es consecuencia del movimiento “rodea el congreso” al castigar las protestas frente al Congreso y el Senado que perturben gravemente la seguridad ciudadana. En esta línea también está el artículo 37.7 LOPSC, que sanciona conductas como las del “15M”.

Estas infracciones podrían considerarse cláusulas “*ad hoc*” y, entre otros motivos, le han valido a la LOPSC, el apodo de “Ley Mordaza”. Sin embargo, parece importante resaltar también que, en la redacción final de la LOPSC, no se incluyeron una serie de conductas de protesta ciudadana a las que también se les puede poner nombre y apellidos que si que contemplaba el anteproyecto de ley. Estas conductas eran las protestas ilegales como los escraches y las perturbaciones del orden en actos de campañas electorales.

El legislador en el preámbulo de la ley pretende explicar los motivos que han llevado a tipificar este tipo de conductas y se justifica afirmando que “*Las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas*” y “*los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en*

*este concepto (...) justifican sobradamente un cambio legislativo*”. Es decir, que, tengan o no tengan nombre propio, se trata de conductas novedosas que no pueden quedar por esa razón fuera del alcance de la Ley.

La magistrada del TC María Luisa Balaguer Callejón, en su Voto Particular, opinó que esta Sentencia es una Sentencia interpretativa, ya que el TC ha hecho una interpretación que introduce un grado de complejidad mayor del que tenían los preceptos originalmente, porque la interpretación es más bien una reconstrucción de los preceptos y por tanto entiende que estos eran originalmente inconstitucionales y por ello necesitan esta interpretación<sup>63</sup>.

Este grado de complejidad tiene como consecuencia el llamado *chilling effect*, entendido como desincentivar el ejercicio del derecho de manifestación por no estar lo suficientemente clara la normativa sobre su ejercicio, concretamente las posibles sanciones a las que se puedan enfrentar los ciudadanos por ejercer este derecho<sup>64</sup>.

## **5. EL USO NO AUTORIZADO DE IMÁGENES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO**

### **5.1. MARCO JURÍDICO ANTERIOR A LA LOPSC**

El artículo 18.1 CE<sup>65</sup> garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de todos los españoles. Sin embargo, el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen<sup>66</sup>, permite la captación, reproducción o publicación de

---

<sup>63</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre. Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia.

<sup>64</sup> *Ibidem*

<sup>65</sup> Artículo 18.1. “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

<sup>66</sup> Artículo 8. “Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Dos. 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. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los



imágenes de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público. Es decir, que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden ser grabados en sus actuaciones en lugares públicos, por ejercer una profesión de proyección pública.

Esto es la regla general, pero también hay excepciones: por ejemplo, las intervenciones de la policía secreta en las que el anonimato de los agentes es esencial, o también las operaciones antiterroristas por ser calificadas como secreto de Estado<sup>67</sup>.

De esta forma, los agentes pueden ser grabados siempre que estén vestidos de uniforme y ejerciendo las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico en lugar público, ya que, en estas situaciones, según el artículo 8.2 LO 1/1982, el sujeto grabado o fotografiado no tiene derecho a la propiedad de su imagen. Esta regulación obedece a la gran importancia y trascendencia social que tienen las funciones que ejercen los agentes, siendo normal en un Estado de derecho que durante su ejercicio puedan estar sometidas al control de los ciudadanos y de los poderes públicos.

Como bien expone Carmen Martín Fernández, un buen ejemplo del choque entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen de los policías es el caso del desalojo violento en el distrito de Ciudad Lineal de Madrid en el que los ocupantes se negaron a abandonar el inmueble. Ante esta negativa, la Policía Municipal de Madrid tuvo que hacer uso de la fuerza<sup>68</sup>. En el transcurso del desalojo se tomó una fotografía de una Sargento de la Policía Municipal vestida de uniforme inmovilizando a una persona. En la foto se la veía el rostro y era perfectamente identificable, y dicha imagen fue publicada en la portada del periódico *Diario 16* con el titular de: “Desalojo violento” y una descripción de los hechos y del número de heridos.

La agente de policía interpuso una demanda contra la sociedad editora del periódico *Diario 16*, su director y un fotógrafo, alegando una presunta intromisión en su derecho a la imagen por la publicación de la mencionada foto. El Tribunal de Primera Instancia de Madrid estimó

---

párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

<sup>67</sup> Secreto de Estado declarado en los acuerdos del Consejo de Ministros del 28 de noviembre de 1986 y del 16 de febrero de 1996 sobre la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas.

<sup>68</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, C., *op. cit.* pp. 565-566

la demanda y condenó a los demandados por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante.

Los demandados recurrieron ante la Audiencia Provincial y su recurso fue desestimado, por considerar que para que el derecho a la información prevalezca sobre el derecho a la propia imagen se requiere que lo noticiable sea la actuación del personaje público no el aspecto físico del personaje público.

Los demandados recurrieron en casación ante el TS y este casó y anuló la sentencia recurrida y revocó la sentencia de instancia en su STS 241/2003, de 14 de marzo. La sentencia del TS dice que la imagen tomada era de una persona en el ejercicio de un empleo público y se captó en un lugar abierto al público durante la realización de un acto público. Por tanto, se cumplen los requisitos necesarios para que el derecho a la propia imagen ceda ante el derecho a la libertad de información.

La demandante decidió acudir al Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo, alegando que la sentencia del TS ponderaba de forma incorrecta los derechos fundamentales en conflicto, ya que a su parecer la publicación de su rostro no era necesaria porque se podría haber informado del suceso perfectamente difuminando su rostro o utilizando otra imagen del suceso que no invadiera su derecho a la imagen.

El TC resolvió en su STC 72/2007, de 16 de abril, en favor del derecho a la libertad de información, argumentando que el derecho a la imagen del artículo 18.1 CE no es absoluto y cede en ocasiones ante el interés público. A su juicio se publicó una imagen veraz y con transcendencia pública y además añadió que, aunque se hubiera podido distorsionar el rostro de la demandante, la noticia del desalojo violento no era un caso que exigiera el anonimato. Por tanto, el interés público prevaleció sobre el derecho a la propia imagen, lo que en este caso concreto puede parecer algo discutible, ya que, como dice la demandante, se podría haber evitado todo el proceso judicial si se hubiera difuminado su cara, lo que no habría perjudicado el contenido esencial de la noticia. El magistrado Roberto García-Calvo y Montiel, emitió un voto particular en este sentido, indicando que, aunque es cierto que en ocasiones el derecho a la propia imagen pueda ceder ante cuestiones de interés general, ello no impide que siempre que se pueda impedir una vulneración de los derechos fundamentales, hay que evitarla<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> STC 72/2007, de 16 de abril. Voto particular que formula el magistrado Roberto García-Calvo y Montiel a la sentencia, pp. 15-17.

## 5.1. CONTEXTO ACTUAL DE LAS INTERVENCIONES POLICIALES

En pleno siglo XXI cuando la revolución tecnológica ha colocado un dispositivo móvil en la mano de cada individuo se hace cada día más fácil informar de manera inmediata y con un impacto nunca visto de lo que pasa en el mundo, ya sea con imágenes o con mensajes en las Redes Sociales.

En los últimos años hemos visto como una fotografía tomada desde un dispositivo móvil por un particular puede desencadenar consecuencias tan graves como destruir la vida profesional de una persona o incluso su vida personal.

En este contexto, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen que cumplir las funciones encomendadas por la Ley con la preocupación constante de ser grabados mientras realizan tales funciones. Esto evidentemente provoca que estén en el punto de mira de la opinión pública, y más si cabe en el pasado reciente, en sucesos como el movimiento Rodea al Congreso, el 15-M y los Indignados, el referéndum del 1 de octubre de 2017, las protestas por la sentencia del Tribunal Supremo sobre el 1 de octubre o más recientemente los incidentes por el encarcelamiento de Pablo Hasel. Estos sucesos han dejado imágenes de agentes obligados al uso de la fuerza que, aunque se ajusten totalmente a derecho, no son bien digeridas por la opinión pública.

Esta sobre-exposición de los agentes que aparecen en las imágenes difundidas ha incrementado los riesgos a los que están sometidos, tanto los agentes como en ocasiones sus familias, y ante esta nueva situación el legislador ha creído conveniente proteger la seguridad de los agentes y dotar a su trabajo de mayores garantías de protección y eficacia<sup>70</sup> mediante la incorporación del artículo 36.23 LOPSC<sup>71</sup>.

## 5.2. EL ARTÍCULO 36.23 LOPSC

El artículo 36.23 tipifica como infracción administrativa grave lo siguiente:

*“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,*

---

<sup>70</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, C., “El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dirs.). *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi: Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 569-560

<sup>71</sup> Artículo 36.23. Infracciones graves. “23. 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”.

*de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información”.*

Esta conducta nunca había sido tipificada, es una novedad de la LOPSC. Al igual que antes de su entrada en vigor, prevalece el derecho a grabar a los agentes en el ejercicio de sus funciones en un lugar público. Lo que hace la LOPSC no es sancionar la toma de imágenes o de datos de los agentes en el ejercicio de sus funciones, sino que tipifica como infracción grave en el artículo 36.23 el uso no autorizado de esas imágenes o datos que pueda poner en peligro la seguridad de los agentes, de sus familias, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación policial.

### **5.2.1. Infracciones de peligro y de resultado**

El precepto recoge una infracción administrativa de peligro, entendida como aquella conducta que pueda poner en peligro bienes jurídicos protegidos. De esta forma, para que la conducta típica se considere cometida no hace falta que origine un resultado lesivo para los bienes jurídicos que protege el precepto, basta que la conducta que lleva a cabo un sujeto sea susceptible de poner en peligro esos bienes jurídicos protegidos.

Para el caso del artículo 36.23, la conducta que puede poner en peligro los bienes jurídicos protegidos es el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de los agentes, y los bienes jurídicos protegidos son la seguridad del agente, de su familia, de las instalaciones protegidas y el éxito de las operaciones policiales.

Esta regulación ha sido objeto de duras críticas por una parte de la doctrina, porque considera que, junto con la reforma del Código Penal de 2015<sup>72</sup>, la LOPSC ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho sancionador del enemigo, que según el autor Günther Jakobs<sup>73</sup> supone que: *“la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.*

Sin embargo, como dice Carmen Martín Fernández, hay que diferenciar entre un precepto que habilite para sancionar y otro que habilite para intervenir, como hace el artículo 4.3 LOPSC<sup>74</sup>, lo que es perfectamente legítimo.

---

<sup>72</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal

<sup>73</sup> JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p.40.

<sup>74</sup> Artículo 4.3. Principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana: “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 colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas. Las concretas intervenciones

En esta línea, Lucía Alarcón Sotomayor sugiere que sería conveniente que el Derecho sancionador de la seguridad ciudadana fuera preventivo o más preventivo que en otros ámbitos del Derecho, porque lo que está en juego son los estándares mínimos para garantizar la convivencia ciudadana y opina que a lo mejor la seguridad pública no es un ámbito para alardear de intervención mínima<sup>75</sup>.

Ante esta disparidad de opiniones, el Consejo de Estado, en su dictamen sobre el anteproyecto de LOPSC, afirmó acertadamente que: *“La eficaz protección de las personas y los bienes no se consigue sólo persiguiendo al agresor una vez cometida la agresión y tratando de restaurar los daños y lesiones ocasionadas, sino que también evitando la agresión”*<sup>76</sup>.

Esta dualidad de sistemas, el sistema sancionador de peligro y el sistema sancionador de resultado, también está contemplada en nuestro Código Penal, donde se distinguen claramente delitos de resultado y delitos de peligro en los que se trata de proteger determinados bienes jurídicos sin esperar a que se produzca un daño real y efectivo, porque de otra manera sería imposible o muy complicado proteger esos bienes jurídicos.

### 5.2.2. Conceptos jurídicos indeterminados

Otra de las grandes críticas al artículo y que constituye uno de los motivos de las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas por los recurrentes, es el gran número de conceptos jurídicos indeterminados que incluye. Por ejemplo, ¿qué es un uso no autorizado? o ¿cuándo se ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por el precepto?

Respecto a la expresión “uso no autorizado de imágenes o datos”, es considerada por muchos autores<sup>77</sup> y por los recurrentes como una censura previa, porque se está condicionando el ejercicio de la libertad de información a que la Administración conceda una autorización previa (autorización que no se dice ni donde ni cómo se puede conseguir), lo que está

---

para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana se realizarán conforme a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley”.

<sup>75</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menores y muchas infracciones más”, *REDA*, núm. 19, 2018, p.140.

<sup>76</sup> Dictamen 557/2014 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, emitido por unanimidad por la Comisión Permanente en la sesión celebrada el día 26 de junio de 2014.

<sup>77</sup> BILBAO UBILLOS, J. M. “La llamada ley mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, p.249.

expresamente prohibido por el artículo 20.2 CE. Es por esta censura previa, entre otros motivos, lo que ha llevado a la LOPSC a ser comúnmente llamada como “Ley Mordaza”. También hay que tener en cuenta que el precepto emplea el término “uso”, por lo que puede suscitar dudas sobre si se sanciona al sujeto que capta las imágenes o solo al que las difunde o a ambos sujetos por igual.

La interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional en la Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020<sup>78</sup>, es que solo se pone en riesgo a los agentes cuando se difunden las imágenes o los datos. Por tanto, el artículo 36.23 LOPSC no sanciona el solo acto de grabar, sino que es necesario difundir y que esa difusión sea susceptible de crear un riesgo o peligro para los agentes, para sus familias, para las instalaciones protegidas o ponga en riesgo el éxito de una operación policial.

Sobre la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos es lógico pensar que no todas las imágenes o datos de los agentes ponen en peligro su seguridad. De esta forma, tendrán que soportar una mayor intromisión en sus derechos por el simple motivo de ser empleados públicos que llevan a cabo un trabajo con una gran trascendencia y relevancia social.

En este sentido la Secretaría de Estado de Seguridad<sup>79</sup> ha establecido que para que se produzca la infracción administrativa del artículo 36.23 LOPSC se tienen que dar dos requisitos: primero, que se haga uso de las imágenes de los agentes y segundo, que ese uso ponga en peligro la seguridad personal de los agentes o de sus familias, de las instalaciones protegidas o el éxito de una operación.

Lucía Alarcón Sotomayor<sup>80</sup> defiende el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados basándose en que la seguridad ciudadana es una materia que necesita recurrir a conceptos jurídicos indeterminados porque resultan imprescindibles para tipificar las infracciones.

En la opinión del Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de LOPSC<sup>81</sup> el uso de conceptos jurídicos indeterminados no equivale a vaguedad e imprecisión, por este tipo de conceptos tienen una base cierta y segura que está configurada por datos previos objetivos y determinados.

---

<sup>78</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 7

<sup>79</sup> Secretaría de Estado de Seguridad Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

<sup>80</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *op.cit.*, p. 124.

<sup>81</sup> Dictamen 557/2014 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, emitido por unanimidad por la Comisión Permanente en la sesión celebrada el día 26 de junio de 2014.

### 5.2.3. Bienes jurídicos protegidos

En principio los bienes jurídicos que protege el artículo 36.23 LOPSC son la seguridad personal de los agentes o de sus familias, la de las instalaciones protegidas o el éxito de una operación policial.

Sin embargo, si consideramos este precepto en el contexto de la LOPSC, puede afirmarse que el bien jurídico protegido es uno que agrupa a los tres anteriores, es decir, el bien jurídico protegido por el artículo 36.23 LOPSC es el buen desarrollo y la eficacia de la función policial en conexión con la seguridad ciudadana, que es la que nos asegura los mínimos de convivencia y de seguridad necesarios en un Estado democrático y de derecho como es España.

La razón de proteger este bien jurídico salta a la vista, y es la siguiente: ¿cómo pretendemos que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nos protejan, si ni ellos ni sus familias, ni las instalaciones protegidas o las operaciones policiales, están a salvo?

Es evidente que, si el ordenamiento jurídico no los protege, ellos no van a poder estar cuando sean necesarios para protegernos a nosotros.

Por tanto, el artículo 36.23 LOPSC no pretende proteger los derechos fundamentales al honor, la intimidad y a la propia imagen de los agentes, sino asegurarles unas determinadas condiciones de seguridad para ellos y sus familias, para que puedan cumplir eficazmente las funciones que la Ley les encomienda. El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña opinó en este sentido afirmando que si de verdad el artículo 36.23 hubiera querido proteger los derechos fundamentales al honor, la intimidad y a la propia imagen de los agentes, hubiera contemplado aspectos tales como la manera en la que se produce la captación de las imágenes o distinguir si las imágenes son captadas o en un acto público o en lugares abiertos al público<sup>82</sup>.

Pero es verdad y no se puede negar que el artículo 36.23 LOPSC también protege colateralmente los derechos fundamentales al honor, la intimidad y a la propia imagen de los agentes, ya que, si no se protegen, aunque sea mínimamente, no se puede garantizar la seguridad de los agentes.

Es digno de mencionar que el Anteproyecto de la LOPSC sí que protegía directamente esos derechos fundamentales: *“el uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que atente contra su derecho al honor, a la intimidad o a la propia*

---

<sup>82</sup>Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, en su dictamen 7/2015, de 4 de junio, sobre la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

*imagen, pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de la operación, sin menoscabo, en todo caso, del derecho constitucional a la información”*

Pero finalmente se eliminó la expresión “que atente contra su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen”.

#### **5.2.4. Sujetos responsables**

Como ya se ha mencionado anteriormente, para que se cumpla la conducta típica del artículo 36.23 LOPSC no basta con captar imágenes o datos de los agentes, sino que además es necesario difundirlas. Consecuentemente, solo será responsable quien difunda las imágenes de los agentes y los ponga en peligro a ellos, a sus familias, a las instalaciones protegidas o el éxito de operaciones policiales.

El problema radica en aclarar cuál es la situación del sujeto que solamente graba. En el Derecho Penal esta cuestión está resuelta al existir la figura del autor y la figura del partícipe, pero no olvidemos que el artículo 36.23 LOPSC pertenece al Derecho Administrativo Sancionador, donde únicamente se contempla la figura del autor, considerado único responsable de las infracciones. De esta forma, si se sancionara a quien capta la imagen, pero no la difunde, se estaría vulnerando el principio de legalidad.

Precisamente el Anteproyecto de la LOPSC contemplaba un concepto amplio de autor en el que se incluía tanto al sujeto que capta las imágenes como al sujeto que las difunde. Afortunadamente en la redacción final de la LOPSC se optó por un concepto de autor más restringido.

### **5.3. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.23**

Según los recurrentes en su escrito de alegaciones, el precepto sanciona la obtención de imágenes o datos de los agentes si no se tiene una autorización administrativa previa, lo que lleva a permitir una censura previa de las imágenes o datos de los agentes, por la necesidad de autorización administrativa previa para su captación y difusión, vulnerando el derecho a la libertad de información y la prohibición de la censura previa establecidos en los artículos 20.1.d)<sup>83</sup> y 20.2 CE<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Artículo 20. 1. “Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

<sup>84</sup> Artículo 20.2. “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.



También alegan que el artículo 36.23 LOPSC, en conexión con el artículo 19.2 LOPSC<sup>85</sup>, permite el secuestro administrativo no judicial de los materiales informativos, lo que contraviene el artículo 20.5 CE<sup>86</sup>, que establece que solo un órgano judicial puede acordar el secuestro de material informativo.

Por último, consideran que el artículo 36.23 LOPSC no es lo suficientemente preciso por no dejar claro cuando las imágenes o los datos que se capten puedan poner en peligro al agente, a su familia, las instalaciones protegidas o el éxito de una operación, lo que crea una gran inseguridad jurídica. Por tanto, vulnera el principio de taxatividad del artículo 25.1 CE<sup>87</sup> y el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE<sup>88</sup>.

#### 5.4. CENSURA PREVIA Y SECUESTRO ADMINISTRATIVO

Según los recurrentes, estos son los dos grandes problemas de constitucionalidad del artículo 36.23 LOPSC.

En primer lugar, y como ya ha sido comentado anteriormente, el inciso que hace el precepto sobre el uso no autorizado es lo que lleva a plantearse la constitucionalidad del tipo, porque parece que se está instaurando un sistema de autorización administrativa previa para poder grabar a los agentes en el desempeño de sus funciones y en lugares públicos.

El TC en su sentencia 187/1999 define la censura previa como: *“cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por el 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 ‘plácet’ a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor o se le niegue en caso contrario”*.

---

<sup>85</sup> Artículo 19.2. Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación: “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”.

<sup>86</sup> Artículo 20.5. “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

<sup>87</sup> Artículo 25.1. “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

<sup>88</sup> Artículo 9.3. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Esta limitación del derecho fundamental a la información no puede ser calificada de otra cosa que de censura previa administrativa, como bien hacen los recurrentes en su escrito de alegaciones, manifestando su desacuerdo con la constitucionalidad de este precepto por vulnerar tanto el artículo 20.1d) CE sobre la libertad de información como el artículo 20.2 CE que prohíbe claramente la censura previa.

Algunos autores han emitido sus críticas sobre esta regulación, llegando a afirmar que son enemigos de la nueva LOPSC quienes emiten imágenes sin autorización policial en los nuevos espacios públicos 2.0<sup>89</sup>.

También en este sentido el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña advirtió en su dictamen sobre la LOPSC que el artículo 36.23 LOPSC vulnera el artículo 20.2 CE, que prohíbe la censura previa, en la medida que no precisa el alcance y las condiciones de la autorización para el uso de las imágenes y datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>90</sup>.

En segundo lugar, los recurrentes afirman que el artículo 36.23 LOPSC, en conjunción con el artículo 19.2 LOPSC, puede posibilitar el secuestro no judicial de material informativo, lo que vulnera el artículo 20.5 CE, que únicamente permite el secuestro de material informativo mediante resolución judicial, lo que excluye totalmente el secuestro administrativo de este tipo de material.

Esta conjunción de los dos preceptos en cuestión dejaría vía libre a que la Administración pudiera acordar la incautación del material informativo si considerara que el informador ha captado imágenes o tomado datos de los agentes incurriendo en la mencionada prohibición. Y a que pueda hacerlo sin la existencia de un procedimiento contradictorio previo y sin autorización judicial<sup>91</sup>.

El fundamento que da lugar a esta conclusión es que el artículo 19.2 LOPSC permite que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan proceder a la aprehensión de los efectos procedentes de infracciones administrativas, que si lo ponemos en conexión con el artículo 36.23 LOPSC que tipifica como infracción administrativa grave el uso no autorizado de imágenes o datos de los agentes, parece efectivamente permitir el secuestro administrativo de material informativo, por no contemplarse en ningún momento la necesidad de resolución judicial para proceder al secuestro.

---

<sup>89</sup> PRESNO LINERA, M. A. “Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, en ALÁEZ CORRAL, B. (Coor.), *Conflictos de derechos fundamentales en le espacio público*, Marcial Pons, 2017, Madrid, p.28.

<sup>90</sup> Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, *op.cit.*

<sup>91</sup> BILBAO UBILLOS, J. M. “La llamada ley mordaza...”, *op.cit.*, p.249.

La magistrada del TC María Luisa Balaguer Callejón autora del Voto Particular de la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, afirmó en 2013 que: “*La constitución únicamente permite el secuestro acordado por la autoridad judicial para erradicar cualquier tipo de actuación gubernativa en materia de intervención sobre los contenidos de la libertad de expresión e información*”<sup>92</sup>.

Por tanto, es el poder judicial quien, en circunstancias normales, puede acordar el secuestro de material informativo, lo que supone una expresión más de la separación de poderes, al limitar la injerencia del poder ejecutivo.

En circunstancias extraordinarias, el artículo 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio permite el secuestro gubernativo, pero solo en situaciones de absoluta excepcionalidad<sup>93</sup>.

Este sistema de secuestro administrativo del material informativo parece olvidar la posición que ocupa el derecho a la información como derecho fundamental que es, y que, como hemos visto para el caso de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, prevalece sobre el resto de consideraciones.

Y esto es así porque el derecho a la información no solo protege un interés individual, sino que también presenta una dimensión objetiva que se concreta en el reconocimiento y la garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, consustancial al pluralismo político del Estado democrático<sup>94</sup>.

## 5.5. CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional en su Sentencia concluyó que el inciso “no autorizado” del artículo 36.23 LOPSC es inconstitucional por establecer una censura previa, expresamente prohibida por la CE, que es lo que hemos estado argumentando anteriormente. También precisa, en consonancia con los puntos anteriores, que para que se cumpla el tipo de la infracción es necesario que se difundan esas imágenes o datos de los agentes y que exista una amenaza concreta que pueda provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana.

---

<sup>92</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Derecho de la información y de la comunicación*. Tecnos, 2013, Madrid, p. 88.

<sup>93</sup> Artículo 21: “La Autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones, cinematográficas y representaciones teatrales, siempre y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veinte, apartados uno, a) y d), y cinco de la Constitución. Igualmente podrá ordenar el secuestro de publicaciones”.

<sup>94</sup> RIDAO MARTÍN, J. “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público de España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 214.

Respecto al resto del precepto, el TC afirma su constitucionalidad siempre que se interprete en los siguientes términos: *“El respeto al derecho fundamental a la información exige que se haga un juicio de ponderación, siendo sancionables únicamente quienes realicen la conducta típica y que suponga un peligro para los bienes jurídicos protegidos por el precepto. La ponderación abordará, la comprobación de las imágenes o datos para determinar si pertenecen a la vida privada o a la actividad profesional del agente, se examinará la relevancia pública de la difusión del material atendiendo a las circunstancias y se estará al interés general de conocer ese material”*<sup>95</sup>.

Sobre la constitucionalidad del artículo 19.2 LOPSC, el Tribunal Constitucional no entra a valorarlo porque no ha sido impugnado como tal, solo se le puso en relación con la posible inconstitucionalidad del artículo 36.23 LOPSC, y al haber sido este último declarado constitucional no cabe entrar a valorar el artículo 19.2 LOPSC.

Al haber sido eliminada la censura previa del artículo 36.23 LOPSC y al haberse establecido la manera en la que se tiene que interpretar, ya no es tan sencillo cometer la infracción administrativa que contempla y por ello el secuestro administrativo también es más complicado de llevar a cabo.

## **6. EL NUEVO RÉGIMEN DE RECHAZO EN FRONTERA**

### **6.1. LA LLEGADA DE INMIGRANTES A LA UNIÓN EUROPEA**

En 1995 los Estados miembros de la Unión Europea firmaron los Acuerdos Schengen por los que se eliminaron las fronteras interiores y dieron lugar a la creación de unas fronteras exteriores comunes compartidas. Los países responsables de las fronteras exteriores, entre los que se encuentra España son, en palabras del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa: *“una puerta de entrada hacia el resto de Europa”*<sup>96</sup>.

Esta posición tan delicada e importante en la que se encuentra España se agrava por ser la única frontera terrestre de la Unión Europea en suelo africano, ya que las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla *“se encuentran en la ruta migratoria de personas procedentes de África y del África subsahariana, así como de inmigrantes sirios”*<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 7

<sup>96</sup> Informe del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa de 9 de abril de 2015, tras su visita a España los días 14 a 18 de julio de 2014.

<sup>97</sup> Ibidem,

Ante la llegada masiva de inmigrantes a las fronteras españolas, se tuvo que legislar un régimen jurídico para dar respuesta a este problema. Así la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, dispensa la protección necesaria a aquellas personas que lleguen a nuestras fronteras y que cumplen con los requisitos legales del asilo.

Evidentemente, el sistema del asilo solo puede ayudar a un pequeño número de personas, por lo que, para quienes lo soliciten y les sea denegado o para las personas que intentan entrar ilegalmente en nuestro país, el régimen jurídico aplicable es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx). Esta Ley fue luego modificada por la LO 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana, que ha incorporado en su Disposición Final Primera<sup>98</sup>, la Disposición Adicional Décima de la LOEx, por la que se regula un nuevo régimen especial para Ceuta y Melilla, el “rechazo en frontera”, que sustituye a la LOEx para los procedimientos de devolución.

Para los recurrentes<sup>99</sup>, la enmienda que introdujo esta disposición final carece de la conexión mínima necesaria con la LOEx, además crea un nuevo régimen de actuación inmediata ejecutiva que incumple los requisitos de los actos administrativos por excluir la revisión judicial, estableciendo una vía de hecho que prescinde del procedimiento administrativo y deja el modo y los medios de los rechazos al arbitrio de la Administración. También consideran que, por aplicación del artículo 58.7 LOEx<sup>100</sup>, la actuación administrativa conlleva una prohibición de entrar en España de 3 años, teniendo así las consecuencias de un

---

<sup>98</sup> Disposición Final Primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla: “1. Se adiciona una 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, con la siguiente redacción: «Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 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.»”.

<sup>99</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 1. d).

<sup>100</sup> Artículo 58.7. Efectos de la expulsión y devolución: “La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años”.

procedimiento sancionador, pero sin las garantías procesales que conlleva tal proceso. Por tanto, esta disposición final primera vulnera los artículos 9.3<sup>101</sup>, 15<sup>102</sup>, 24.1<sup>103</sup> y 106<sup>104</sup> CE.

## 6.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LOEx

La LOEx se encarga de regular la entrada, estancia y salida de los extranjeros en territorio español. Estos tres aspectos son históricamente una competencia soberana que pertenece a cada Estado. Sin embargo, la incorporación de España a la UE y la firma de acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y de extranjería ha limitado sustancialmente el ejercicio de estas tres potestades.

La LOEx contempla los tres procedimientos sobre la expulsión, la devolución y la denegación de la entrada en España para los extranjeros que no cumplan los requisitos legales establecidos en el artículo 25<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Artículo 9.3. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>102</sup> Artículo 15. “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>103</sup> Artículo 24.1. “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>104</sup> Artículo 106. “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

<sup>105</sup> Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español: “1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. 2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso. 3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente. 5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”.

En primer lugar, la denegación de la entrada en España es el supuesto en el que el funcionario responsable del control impide que un extranjero que solicita entrar en España en un puesto fronterizo habilitado pueda hacerlo por no reunir los requisitos necesarios. La denegación está regulada en el artículo 26 LOEx<sup>106</sup> y está contemplada como una decisión administrativa, no como una sanción. El procedimiento en el que se decide la denegación de la entrada goza de las garantías legales necesarias y de la debida protección y respeto a los derechos humanos.

En segundo lugar, la expulsión sí que está prevista como una sanción administrativa, al contrario que la denegación de la entrada, y según el artículo 57 LOEx<sup>107</sup> que la regula, se procederá a la expulsión cuando se cometan infracciones muy graves o algunas de las graves, como por ejemplo estar en territorio español de manera irregular por no tener autorización de residencia. Al ser una sanción administrativa, el procedimiento tiene las garantías propias de un procedimiento sancionador. Además, la expulsión conlleva según el artículo 58.1 LOEx<sup>108</sup>, la prohibición de entrar en España durante un periodo de tiempo que no podrá ser superior a 5 años.

En tercer y último lugar, la devolución no está contemplada como una sanción y el artículo 58.3.b) LOEx<sup>109</sup> dispone que no será necesario el procedimiento de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, es decir, los interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Estas personas según el artículo 58.7 LOEx<sup>110</sup> no podrán entrar en España durante el plazo máximo de 3 años.

---

<sup>106</sup> Artículo 26. Prohibición de entrada en España: “1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España. 2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”.

<sup>107</sup> Artículo 57. Expulsión del territorio: “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción...”

<sup>108</sup> Artículo 58.1. Efectos de la expulsión y devolución: “La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años”.

<sup>109</sup> Artículo 58.3.b). Efectos de la expulsión y devolución: “3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”.

<sup>110</sup> Artículo 58.7. Efectos de la expulsión y devolución: “La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conlleva la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en

La devolución es considerada como una restitución de la legalidad que ha sido quebrantada, obligando a regresar a su lugar de origen a los que han intentado entrar ilegalmente en territorio español por lugares distintos de los puestos fronterizos habilitados. De esta forma, denegación de la entrada y devolución se distinguen, porque en la primera se deniega la entrada en los puestos fronterizos legalmente habilitados.

### **6.3. PROTOCOLO DE LA GUARDIA CIVIL PARA EL CONTROL FRONTERIZO Y LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE**

El Protocolo de Actuación de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 es interesante para el caso que nos ocupa, porque es el encargado de regular el procedimiento de devolución que se aplica a aquellos extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en territorio español y que se encuentren en la frontera o en sus inmediaciones. Este protocolo es el que regula las tan conocidas “devoluciones en caliente” que tanto han dado que hablar a los gobiernos, a los medios de comunicación y a los tribunales de justicia.

Todo el sistema de vallado en las ciudades de Ceuta y Melilla está construido en territorio español. Este sistema a grandes rasgos se compone de dos vallas, la exterior da a territorio de Marruecos y la interior a territorio español. Entre las dos vallas hay una serie de obstáculos que dificultan el avance a la valla interior.

Pese a estar todo este sistema construido en territorio español, a efectos de extranjería no se considera que se haya producido una entrada ilegal hasta que se supere la valla interior. De esta forma, quienes sean interceptados por la Guardia Civil en el espacio entre las vallas no han consumado su entrada ilegal en España. Por el contrario, si consiguen superar la valla interior estarán bajo el régimen de extranjería.

Sin embargo, en la práctica lo que sucedía era que si el extranjero, tras superar la valla interior y, por tanto, haber entrado en territorio español según el propio Protocolo de la Guardia Civil, era contenido y rechazado por los agentes mientras descendía de la valla, se le devolvía a territorio marroquí por considerarse que no se había consumado la entrada en España. Esta práctica es la que se conoce como “devoluciones en caliente”.

---

aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.



De esta forma, la frontera estaría conformada no solo por los elementos de contención fronterizos como las vallas, sino que también formarían parte de esos elementos los agentes de la Guardia Civil encargados de la vigilancia.

Este sistema conforma el contenido del concepto “frontera operativa” acuñado por el Protocolo de la Guardia Civil, por el que, a efectos de extranjería, la jurisdicción española comienza cuando se traspasan los elementos de contención fronterizos entendidos estos como las vallas y los guardias civiles encargados de la vigilancia de la frontera. Por tanto, habría que superar ambos elementos para que se consume la entrada en España.

Desde el punto de vista jurídico, parece difícil defender la idea de una delimitación fronteriza especial solo para el régimen de extranjería y otra frontera para lo demás. También es complicado defender que un gobierno unilateralmente modifique la frontera de su Estado, porque si así fuera ello implicaría una concesión de territorio español a Marruecos, porque a efectos de extranjería la frontera es la valla interior, dejando fuera de la jurisdicción española tanto el espacio entre las vallas como el espacio de la valla exterior.

En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 de Melilla dictó un auto el 11 de septiembre de 2014 en el que concluía que la frontera de España con Marruecos está delimitada, al menos, por la valla exterior del complejo fronterizo, debiéndose aplicar a partir de ella la legislación española, sin limitación de ningún tipo<sup>111</sup>.

Por otro lado, la inaplicación del ordenamiento jurídico español a los extranjeros que intentan cruzar la valla y son interceptados por la Guardia Civil resulta difícil de sostener jurídicamente, porque pasarían a estar bajo la jurisdicción de sus agentes y, por tanto, de España. En un primer momento el TEDH en su Sentencia de 3 de octubre de 2017, caso N.D y N.T contra España<sup>112</sup>, opinó de esta manera al condenar de forma unánime a España por las “devoluciones en caliente” por considerarlas expulsiones colectivas, contrarias al

---

<sup>111</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014, n.º de recurso 437/2014 FJ 1.

<sup>112</sup> STEDH de 3 de octubre de 2017, caso N.D y N.T contra España, Demandas n.º 8675/15 y 8697/15)

artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH<sup>113</sup> y por consiguiente vulneradoras del derecho a un recurso efectivo recogido en el artículo 13 del CEDH<sup>114</sup>.

## **6.4. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA: “EL RECHAZO EN FRONTERA”**

### **6.4.1. Dualidad de regímenes: LOPSC y LOEx**

La LOPSC introduce en su Disposición Final Primera un nuevo régimen especial para Ceuta y Melilla que se incorpora a la LOEx en su Disposición Adicional Décima. Este nuevo régimen excepciona las normas vigentes sobre la denegación de la entrada en España, la expulsión de territorio español y la devolución.

El ámbito de aplicación de este nuevo régimen se regula en el apartado 1 de la DA 10 LOEx: *“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...”*. Aquí parece referirse solo a la frontera terrestre ya que menciona que se aplica a la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla.

Sin embargo, a los extranjeros que intentaran cruzar ilegalmente la frontera también les sería de aplicación el procedimiento administrativo previsto en la LOEx para la devolución, ya que concretamente en su reglamento de desarrollo se dice que se procederá a la devolución de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país y entiende que tales extranjeros son los interceptados en la frontera o en sus inmediaciones<sup>115</sup>. Este precepto por el contrario no hace referencia específica a la frontera terrestre o marítima, por lo que se entiende que se aplica a ambas.

---

<sup>113</sup> Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

<sup>114</sup> Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>115</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Artículo 23.1. Devoluciones: “1. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos: a) Los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido. b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.

Para los recurrentes el “rechazo en frontera” es un nuevo régimen de devolución de extranjeros que entran ilegalmente en España exceptuando el régimen previsto para las devoluciones. Ante esta afirmación, el Abogado del Estado sostiene que el rechazo se aplica antes de que los extranjeros hayan entrado en España, es decir, mientras se está produciendo el intento de entrada<sup>116</sup>.

#### 6.4.2. Elementos fronterizos

Los elementos fronterizos a los que se refiere la DA 10 LOEx<sup>117</sup> y que si se superan se consuma la entrada en territorio español, son considerados por la doctrina como “estructuras de carácter permanente establecidas ex profeso en la zona fronteriza con la finalidad de dificultar el acceso al territorio nacional”<sup>118</sup>, es decir, las vallas.

Sin embargo, como hemos visto antes, en la práctica lo que se hacía era devolver al sujeto a territorio marroquí si era interceptado por la Guardia Civil mientras bajaba de la valla interior porque se entendía que en esos casos no se había conseguido entrar en España.

Esto último constituye otra interpretación de los elementos fronterizos, en la que se incluye, además de las vallas, a los Guardias Civiles encargados de la vigilancia y control de las fronteras. Esta interpretación se apoya en que el precepto no menciona en ningún momento el sistema de vallado, sino que opta deliberadamente por utilizar un concepto jurídico indeterminado como “elementos de contención fronterizos”.

Por tanto, el concepto de “elemento de contención fronterizo” amplía el anterior concepto de “frontera operativa”, porque según este último la entrada en España se consumaba cuando se superaba la valla interior. En consecuencia, este nuevo concepto implica que la entrada en España se consuma cuando además de superarse la valla interior, también se rebasa a los agentes de la Guardia Civil que se encuentren situados en la valla interior, y solo entonces se aplicaría al extranjero el ordenamiento jurídico español.

Al igual que lo que pasaba con el concepto de “frontera operativa”, este nuevo régimen fronterizo solo tiene efectos en materia de extranjería.

---

<sup>116</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 6. d).

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 1

<sup>118</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. *Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos? Análisis de la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Informe jurídico de 13 de abril de 2015, p.11. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

De esta forma, la DA 10 LOEx<sup>119</sup> legaliza lo que se venía haciendo en materia de devoluciones mediante una ficción jurídica, ya que hay que recordar que todo el sistema de vallado en Ceuta y Melilla está en territorio español, y a su vez se consigue prescindir del procedimiento administrativo previsto para la devolución y, claro está, de sus garantías.

#### 6.4.3. Rechazo en Frontera

El “rechazo en frontera” es una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que cabe preguntarse en qué consiste tal figura y en qué se diferencia de la devolución. Según la RAE, el rechazo “es forzar a algo o alguien a que retroceda”, lo que aplicado al caso que nos ocupa supone el uso de la fuerza por parte de la Guardia Civil para impedir que la entrada ilegal en España se consume.

Para Agirreazkuenaga el “rechazo en frontera” es: *“una actividad excepcional de la Administración, pues no ha de quedar otra alternativa, motivada por razones de urgencia o peligro, manifestada a través de un acto administrativo no procedimental y donde debe ser utilizada la fuerza material inmediatamente de forma proporcionada a la necesidad concreta, es decir, la fuerza aplicada directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vistas a producir su modificación sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo”*<sup>120</sup>

El que no haya un procedimiento administrativo ni una resolución motivada que pueda ser impugnada no significa, como dicen los recurrentes, que las actuaciones de la Guardia Civil carezcan de control judicial<sup>121</sup>. Al contrario, sus actuaciones serán controladas para verificar su adecuación a la proporcionalidad y si son oportunas, ya que la coacción directa solo puede ser empleada en casos excepcionales.

En este sentido opinan Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco: *“las actuaciones de coacción directa son controlables por los tribunales sin que el hecho de que no existan prototípicos actos administrativos formalizados lo impida”*<sup>122</sup>.

El “rechazo en frontera” previsto en la DA 10 LOEx está limitado por el respeto a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte, contemplado en el apartado 2 de la mencionada disposición.

---

<sup>119</sup> *Op.cit.*, p. 1

<sup>120</sup> AGIRREAZKUENAGA, I. *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 50-56.

<sup>121</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedentes 1. d)

<sup>122</sup> REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. “Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación” en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D.J (Dir.), *Derecho Administrativo Tomo III. Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 89.

Sin embargo, la inmediatez de este tipo de actuaciones fronterizas es incompatible con el procedimiento administrativo convencional<sup>123</sup>, lo cual es bastante comprensible dada la naturaleza coactiva de este tipo de actuaciones, que impide a la Administración formalizar un acto administrativo. Ahora bien, la dificultad de la situación no puede servir de excusa para no respetar el ordenamiento jurídico español ni las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos y de protección internacional, como denuncian los recurrentes, porque consideran que el rechazo en frontera constituye una vía de hecho que permite la expulsión masiva e indiferenciada de extranjeros incumpliendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo relativo al principio de no devolución, a la prohibición de las devoluciones colectivas y el acceso al derecho de asilo.

#### **6.4.4. Análisis de la Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. Contra España**

La STEDH, de 13 de febrero de 2020<sup>124</sup> se produjo como consecuencia de la solicitud de reenvío o revisión que presentó España ante la Gran Sala del Tribunal contra la STEDH de 3 de octubre de 2017<sup>125</sup> en la que se condenaba a España por violar el artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH<sup>126</sup> y el derecho a un recurso efectivo recogido en el artículo 13 del CEDH<sup>127</sup>, todo ello en relación con las “devoluciones en caliente”.

Estos procedimientos surgen por la devolución de dos ciudadanos pertenecientes a países terceros, Costa de Marfil y Malí, que intentaron saltar la valla de Melilla el 13 de agosto de 2014 y fueron arrestados y devueltos a territorio marroquí después de haber estado varias horas encaramados a la valla interior.

En la STEDH de 2017, España afirmaba que los hechos en cuestión no habían sucedido en territorio español, pero el TEDH, recordando su doctrina en los asuntos *Al Skeini* e *Hirsi Jama* sobre la jurisdicción de los Estados, concluyó que: “Desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas. Ninguna especulación que atañe a las competencias, funciones y actuaciones de

---

<sup>123</sup> RUIZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada ‘devolución en caliente’ y su regulación en la LOEx”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 88/2, julio-diciembre de 2016, p. 332.

<sup>124</sup> Sentencia TEDH (Gran Sala), de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, demandas núms. 8675/15 y 8697/15, visto en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20de%20Gran%20Sala%20en%20N.D.%20y%20N.T.%20v.%20Espa%C3%B1a.pdf>

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 6

<sup>126</sup> *Ibidem*

<sup>127</sup> *Ibidem*

*las fuerzas del orden españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión*<sup>128</sup>.

Una vez constatado que los acontecimientos sucedieron bajo la jurisdicción española, el TEDH pasó a considerar si tales hechos eran constitutivos de una “devolución colectiva”, entendiendo por tal toda medida que *“compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma con base en un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman parte del grupo”*<sup>129</sup>

Al no haber sido los demandantes en ningún momento objeto de un procedimiento ni administrativo ni judicial, en el que se pudieran examinar individualmente sus circunstancias personales y se les permitiera argumentar en contra de la decisión de devolución, el TEDH consideró que dichas devoluciones eran efectivamente colectivas, lo que supone una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH<sup>130</sup>.

Además, debido a la rapidez de la devolución a territorio marroquí, se concluyó que los ciudadanos en cuestión habían sido privados del derecho a recurrir ante la autoridad competente, lo que vulnera el artículo 13 del CEDH<sup>131</sup>.

Ante esta decisión del TEDH, España solicitó su revisión, que dio como resultado la STEDH de 13 de febrero de 2020. En esta sentencia se analiza la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH al supuesto de las devoluciones inmediatas y forzosas de extranjeros tras intentar cruzar la frontera de forma masiva y no autorizada. En su análisis del caso, el TEDH entra a valorar la existencia de una expulsión y en su caso si tiene carácter colectivo.

El Tribunal no duda que haya habido una expulsión, pero puntualiza que es preciso distinguir entre “expulsión” y “no admisión”, siendo esta última lo alegado por España. Para el TEDH la expulsión es el traslado forzoso del territorio de un Estado en el contexto del intento de cruzar una frontera nacional por vía terrestre.

Respecto a si esta expulsión había sido o no colectiva con lo que ello implicaría en términos de mantenerse la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH, el Tribunal considera que el carácter colectivo no se deriva del hecho de verse afectados un conjunto de individuos por la medida de expulsión, sino que se tienen que tener en cuenta todos los elementos relevantes para el caso, es decir, las garantías procedimentales, la motivación

---

<sup>128</sup> Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 4 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas núms. 8675/15 y 8697/15, párr. 54.

<sup>129</sup> Sentencia *N.D. y N.T. c. España*. 2017, *cit.*, párr. 92

<sup>130</sup> p. 6

<sup>131</sup> *Ibidem*

existente tras las órdenes de expulsión y las circunstancias que rodean su adopción e implementación<sup>132</sup>.

También afirma ser consciente de la presión a la que se ven sometidos los Estados al afrontar un fenómeno de tanta envergadura como es el fenómeno migratorio, que se ha visto agravado estos últimos años por la crisis de los refugiados. En este sentido, el TEDH tiene en cuenta que los demandantes eran *“miembros de un grupo numeroso de individuos que intentaron entrar en territorio español cruzando una frontera terrestre de forma no autorizada, aprovechando su gran número y en el contexto de una operación que había sido planificada con antelación”*<sup>133</sup>.

Al contrario que en la STEDH de 2017, la de 2020 nos recuerda la importancia del principio de buena fe y cómo la conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar a la luz del artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH. Según su jurisprudencia no hay vulneración del citado artículo *“si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”*<sup>134</sup>.

De esta manera, considera de gran importancia la cooperación activa del demandante en el procedimiento de evaluación individual de sus circunstancias, una cooperación que hay que entender como colaboración con las autoridades locales para averiguar su país de origen.

Siguiendo este principio de la buena fe, la Gran Sala afirmó que este principio era igualmente aplicable a *“las situaciones en las que la conducta de aquellos que intentan cruzar una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública”*<sup>135</sup>.

Todo ello sin perjuicio de valorar por parte del Tribunal las circunstancias de cada caso concreto y si el Estado que ha sido demandado proporciona un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada. Si el Estado ha facilitado dicho acceso, pero un demandante no lo utiliza, el Tribunal valorará si existen razones para no hacer uso de tales medios que sean imputables al Estado demandado.

---

<sup>132</sup> CARLIER, J. y LEOEUF, L., “Collective Expulsion or Not? Individualisation of Decision making in Migration and Asylum Law”, 8 de enero de 2018; accessible en <<http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsion-or-not-individualisation-of-decision-making-in-migration-and-asylum-law/>>.

<sup>133</sup> Sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, párrs 167-169.

<sup>134</sup> Sentencia N.D. y N.T. c. España. 2020, cit., párr. 200. Véase Sentencia TEDH (Sección 2ª), de 1 de septiembre de 2015, Khlaifia y otros c. Italia,

<sup>135</sup> Sentencia N.D. y N.T. c. España. 2020, cit., párr. 201

En la STEDH de 2020, el Tribunal llegó a la conclusión de que España sí garantizaba un acceso real y efectivo a los procedimientos de entrada regular y no detectó en su análisis del asunto ninguna razón pertinente para no hacer uso de los puestos fronterizos en la frontera de Melilla encargados de proporcionar el mencionado acceso real y efectivo.

De esta manera, el Tribunal finalizaba indicando que: *“fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto de 2014, aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal en territorio español..., y que en consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo no. 4”*<sup>136</sup>.

Respecto a las alegaciones sobre violación del derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 13 del CEDH, el Tribunal considera que la falta de procedimiento individualizado es consecuencia de la conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla y, por tanto, no puede considerarse responsable a España por no poner a disposición de los demandantes un recurso judicial contra su expulsión de territorio español.

Esta decisión de la Gran Sala supone un cambio radical respecto a la decisión anterior de la Sección 3ª en 2017, porque pone en juego un nuevo aspecto que no había tenido en cuenta hasta ahora, que es la buena fe del individuo, su comportamiento a la hora de solicitar la protección de sus derechos ante los organismos internacionales. Esto se debe a lo atados que estaban los Estados antes de esta sentencia en materia de devoluciones, ya que los asaltos masivos, como bien ha dicho el TEDH, se nutren del gran número de participantes y de la fuerza, lo que en ocasiones conlleva que las fuerzas encargadas del control y vigilancia fronteriza se vean superadas, lo que no deja de ser una comisión de un acto ilícito de manera masiva, previamente organizado y con intención de utilizar la fuerza si les resulta necesario. Este quebrantamiento de la legalidad no solo afecta a los Estados fronterizos con África como España, sino que, debido a la supresión de las fronteras interiores por los Acuerdos Schengen de 1995, afecta al conjunto de la Unión Europea.

---

<sup>136</sup>Sentencia N.D. y N.T. c. España. 2020, cit., párr. 231



Es cierto que las situaciones que se viven en los países de origen de estas personas son terribles y es verdaderamente complicado llegar a imaginarnos el sufrimiento que padecen, pero si analizamos el fenómeno migratorio y el de los refugiados, reduciéndolo a cifras es evidente que el ritmo actual es insostenible tanto demográficamente como jurídicamente.

Según los datos publicados por el Ministerio de Interior, en 2015 llegaron a España ilegalmente a través de Ceuta y Melilla 11.624 personas, en 2016 fueron 6.443, en 2017, 6.246 y en 2018, 8.288<sup>137</sup>.

Como se puede ver, esto es un problema que va a seguir existiendo y agravándose con el tiempo a no ser que se encuentre una solución.

## 6.5. ANÁLISIS DEL TC

El Tribunal Constitucional es consciente de que el artículo 13.1 CE<sup>138</sup> dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades garantizadas en la CE, la Ley y los Tratados Internacionales y que se aplica a los extranjeros con independencia de cuál sea su situación administrativa en España, de manera que en ningún caso puedan quedar sin la debida protección mientras estén en España<sup>139</sup>. Esto, sin embargo, no impide que el legislador pueda establecer límites al disfrute por los extranjeros de estos derechos.

Recuerda a los recurrentes dos circunstancias. La primera es que, pese a que España ha suscrito varios tratados y acuerdos internacionales en materia de protección de derechos humanos, estos no pasan a formar parte de la Constitución, sino que influyen en la manera en que la Constitución es interpretada. La segunda circunstancia es sobre el derecho de asilo en el sentido de que tal derecho no es un derecho fundamental<sup>140</sup>.

Tampoco es un derecho fundamental el derecho a entrar en España, que en todo caso quedará condicionado y sujeto a los requisitos contemplados en la LOEx y a sus procedimientos.

Respecto a la supuesta “vía de hecho” que introduce, según los recurrentes, el precepto impugnado, la doctrina del TC sobre el artículo 106 CE es clara: no forma parte de la garantía

---

<sup>137</sup> Ministerio del Interior Consultado por última vez el 20 de abril de 2021. [http://www.interior.gob.es/documents/10180/9654434/24\\_informe\\_quincenal\\_acumulado\\_01\\_al\\_31-12-2018.pdf/d1621a2a-0684-4aae-a9c5-a086e969480f](http://www.interior.gob.es/documents/10180/9654434/24_informe_quincenal_acumulado_01_al_31-12-2018.pdf/d1621a2a-0684-4aae-a9c5-a086e969480f).

<sup>138</sup> Artículo 13.1. “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

<sup>139</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.

<sup>140</sup> *Ibidem*

de dicho artículo un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya con una resolución sobre el fondo del asunto<sup>141</sup>.

El “rechazo en frontera”, al ser ejercido por agentes españoles, se somete a la ley española respetando la normativa internacional y a la persona rechazada le es de aplicación el ordenamiento jurídico español mientras está siendo rechazada en los elementos de contención situados en territorio español. La devolución y el rechazo no son sanciones sino medidas del gobierno que pretenden evitar la infracción del OJ de extranjería y una reacción inmediata a la perturbación del orden jurídico a través de una actuación flexible y rápida. Es una medida para controlar los flujos migratorios y el cumplimiento de medidas y condiciones exigibles a los extranjeros.

El Tribunal Constitucional, ante las alegaciones de inconstitucionalidad de la DA 10 LOEx por ser contraria a la jurisprudencia del TEDH, se hace eco de la STEDH de 13 de febrero de 2020 y considera que mientras los Estados ofrezcan un modo efectivo de entrar en el territorio de una forma legal a través de procedimientos en frontera, nada les impide poder rechazar la entrada de quienes no tengan las condiciones requeridas, incluidos los solicitantes de asilo, si intentan entrar por lugares distintos de los habilitados usando la superioridad numérica de los asaltantes y la fuerza.

Por tanto, las garantías que ofrece la CE a los extranjeros se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter a examen de los tribunales la legalidad de lo que consideran incumplimiento de la ley por parte de la Administración. Esto, a ojos del TC, sí que se da de un modo real y efectivo en las fronteras de Ceuta y Melilla, existiendo puestos fronterizos que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal, por lo que el precepto se ajusta al marco constitucional. De la misma opinión es el TEDH y así lo ha considerado en su Sentencia de 13 de febrero de 2020<sup>142</sup>.

La conclusión a la que llega el TC en consonancia con la jurisprudencia del TEDH parece ser bastante sólida, pues impide que los extranjeros que pretenden cruzar ilegalmente la frontera por medio de asaltos masivos y del empleo de la fuerza puedan aprovecharse del ordenamiento jurídico español, en la medida que han cometido una o varias ilegalidades como son el cruce ilegal de la frontera y el enfrentarse a los agentes de la Guardia Civil.

---

<sup>141</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 8.

<sup>142</sup> Ibidem

Es bastante sensato que, a la hora de decidir si una persona es merecedora de entrar en el Espacio Schengen, se tenga en cuenta su comportamiento y actitud. De esta manera, aquellos extranjeros que soliciten la entrada en territorio español en los puestos fronterizos habilitados podrán beneficiarse, como venía siendo, de los derechos y garantías del procedimiento que decidirá su entrada o no en España, así como su derecho a recurrir la decisión. En definitiva, se podrá beneficiar del derecho a la tutela judicial efectiva y de todo lo que ello conlleva.

Sin embargo, la magistrada Luisa Balaguer Callejón en su Voto Particular considera que: *“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”*<sup>143</sup>. Critica la falta de procedimiento para llevar a cabo el rechazo en frontera, lo que provoca que no se puedan cumplir las exigencias de respeto de derechos fundamentales ni que se preste especial atención a los colectivos vulnerables que intenten cruzar la frontera.

La entrega de los extranjeros interceptados en los intentos de cruce de frontera a la autoridad de Marruecos no solo es un rechazo en frontera, sino que es una auténtica devolución. El TEDH solo permite el rechazo si en el intento de cruce se aprovechan de su ventaja numérica y del uso de la fuerza, por lo que solo se permite el rechazo colectivo, pero el precepto y el TC también permiten rechazar al individuo que sea sorprendido intentando cruzar.

El “rechazo en frontera”, según la magistrada, solo daría cobertura al acto de interceptación, pero no al acto de devolución a la autoridad de Marruecos, que supone entregar a una persona que está bajo jurisdicción española a otra jurisdicción, la de Marruecos, lo que no puede admitirse sin que haya un procedimiento que lo regule<sup>144</sup>.

A ojos de la magistrada, es imposible hacer cumplir el apartado segundo de la Disposición Final Primera de la LOPSC porque, al no existir un procedimiento establecido para llevar a cabo los “rechazos en frontera”, no se puede asegurar que se harán respetando la normativa internacional y el régimen legal de protección internacional.

## 7. CONCLUSIONES

El análisis de los aspectos más importantes de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2020 sobre la LO 4/2015, de 30 de marzo, nos ha

---

<sup>143</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre. Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia.

<sup>144</sup> Ibidem

permitido apreciar de forma clara la continua tensión que existe entre libertad y seguridad en sociedades avanzadas como la española.

Para los recurrentes, la LOPSC limita en exceso lo primero primando en demasía lo segundo, mientras que en opinión del Abogado del Estado las limitaciones de la libertad en pos de una mayor seguridad y tranquilidad ciudadanas son del todo encajables en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Es precisamente este equilibrio entre seguridad y libertad lo que ha tratado de conciliar el Tribunal Constitucional en la sentencia, mediante la interpretación de los preceptos impugnados de la LOPSC y su acomodo constitucional.

El artículo 20 LOPSC, que regula los registros corporales externos, había sido considerado por los recurrentes como vulnerador de varios derechos fundamentales, como la integridad física o la intimidad personal o corporal, pero como hemos podido ver en el estudio de este precepto, el ámbito de aplicación del artículo 20 LOPSC es mucho más reducido.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional, este artículo solo permite cachear de tal manera que la injerencia en los derechos fundamentales a la intimidad personal y corporal supere el triple juicio de proporcionalidad, ya que, como se ha dejado claro en el trabajo, lo único que se autoriza en los registros corporales externos como mucho es un desnudo parcial y no un desnudo total.

Respecto a la supuesta injerencia en el derecho fundamental a la integridad física por parte de los cacheos, se ha establecido que estos no suponen de ninguna forma una intervención corporal ya que no conllevan un menoscabo o lesión del cuerpo humano.

Las infracciones vinculadas a actos, reuniones y manifestaciones en lugares públicos recogidas en los artículos 36.2 y 37.1, en conexión con los artículos 30.3, 37.3 y 37.7 LOPSC, suponían a ojos de los recurrentes una limitación excesiva del derecho fundamental de reunión y manifestación del artículo 21 CE.

La conducta tipificada en el artículo 36.2 LOPSC pretende solucionar el problema de cómo sancionar un tipo reuniones o manifestaciones que, por el lugar elegido, las Cámaras legislativas, tienen un grado de importancia e incidencia mayor que las demás. Lo que se pretende con este precepto no es hacer casi imposible el manifestarse en frente del Congreso o del Senado por miedo a una sanción, como sostienen los recurrentes. El objetivo es, como dice el TC, proteger lo que representan estas Cámaras, estén reunidas o no, y castigar las perturbaciones graves de la seguridad ciudadana mediante una sanción administrativa.

Sancionar a los organizadores o promotores por la falta de comunicación previa de una reunión o manifestación, como hace el artículo 37.1 LOPSC, no restringe desproporcionadamente el derecho de reunión y manifestación. La infracción contenida en este precepto es una infracción leve y la no comunicación no habilita por si sola para prohibir el acto, reunión o manifestación.

Este precepto, unido al artículo 30.3 LOPSC, amplía el concepto de organizadores y promotores a unos extremos supuestamente inconstitucionales para los recurrentes. Sin embargo, el TC considera todo lo contrario al concluir que el artículo 30.3 LOPSC limita su responsabilidad por las infracciones que se cometan en una reunión o manifestación. Únicamente serán responsables en caso de dolo o culpa o por incumplir los requisitos legales a la hora de la celebración de la reunión o manifestación, pero no por los actos que cometan los demás participantes si demuestran que fueron diligentes y que no pudieron impedir el acto típico.

La redacción del artículo 36.23 LOPSC es una de las más polémicas de toda la LOPSC y de hecho ha sido el único precepto que ha visto su contenido modificado por la Sentencia objeto del trabajo, debido a la inconstitucionalidad del inciso “no autorizado”.

Como se ha expuesto anteriormente, el precepto nace con el objetivo de proteger el derecho a la propia imagen de los agentes, su seguridad, la de sus familias, la de instalaciones protegidas y el éxito de una operación policial. Para conseguir esto se permite que el derecho fundamental a la información se vea restringido.

En este caso el Tribunal Constitucional da razón a los recurrentes y considera que el inciso “no autorizado” establece una censura previa administrativa incompatible con nuestro ordenamiento constitucional. Sin embargo, se opone al análisis del precepto realizado por los recurrentes al dictaminar que la conducta típica solo se produce cuando las imágenes de los agentes son difundidas, negando la posibilidad de sancionar por el mero hecho de captar dichas imágenes.

El nuevo régimen especial para Ceuta y Melilla de “rechazo en frontera” contenido en la Disposición Final Primera de la LOPSC, también es uno de los aspectos más controvertidos tanto de la LOPSC como de la Sentencia objeto del trabajo.

El “rechazo en frontera”, según el examen del precepto realizado por los recurrentes, es una nueva forma legal para permitir la devolución de extranjeros que han entrado ilegalmente en

España que no contiene las garantías necesarias de los actos administrativos y que crea una vía de hecho que permite a la Administración actuar de manera arbitraria.

Sin embargo, una vez expuesto tanto el régimen legal en materia de extranjería, como el protocolo de actuación de la Guardia Civil, junto con la jurisprudencia del TEDH, se puede afirmar que los “rechazos en frontera” tienen perfectamente cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico y así lo ha considerado el TC en su sentencia. Es decir, que mientras haya la posibilidad efectiva de entrar en el territorio de un país mediante un procedimiento regulado en un puesto fronterizo, nada justifica ignorar esta vía legal e intentar entrar en dicho país por vías ilegales o por lugares distintos a los habilitados y además realizando asaltos masivos y haciendo uso de la fuerza. Si finalmente se consiguiera entrar en el país por estos medios ilegales y violentos, nada impide a las autoridades nacionales proceder al “rechazo en frontera”.

En este trabajo se puede apreciar que pese a las críticas tan duras que recibió la LOPSC y que le valieron el nombre de “ley mordaza”, la realidad jurídica que pone de manifiesto el TC (con el Voto Particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón) desmiente la mayoría de ellas y además no coincide con los recurrentes en casi ninguna de sus alegaciones de inconstitucionalidad. Resulta evidente que todas las cuestiones abordadas por la Ley son muy complejas y que en muchos casos afectan o pueden afectar a los derechos fundamentales, pero, por otro lado no se puede pretender tampoco dejar indefenso al Estado de Derecho frente a nuevas realidades y amenazas. Ese difícil equilibrio es el que ha intentado encontrar el Tribunal Constitucional en su sentencia.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA, I. *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1986.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menores y muchas infracciones más”, *REDA*, núm. 19, 2018, pp. 107-148.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Derecho de la información y de la comunicación*. Tecnos, Madrid, 2013.

BILBAO UBILLOS, J. M. “La llamada ley mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 36, 2015, pp. 217-260.

BRADFORD, B. y LOADER, I., “Policía, delincuencia y orden: el caso de la parada y cacheo policial”, *Indret*, núm. 4, 2017.

CANO CAMPOS, T., “Prevenir y cachear: los registros corporales externos”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi: Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 1603-1635.

CARLIER, J. y LEBOEUF, L., “Collective Expulsion or Not? Individualisation of Decision making in Migration and Asylum Law”, 8 de enero de 2018; accesible en <<http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsion-or-not-individualisation-of-decision-making-in-migration-and-asylum-law/>>.

DIEZ PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

GÓMEZ TOMILLO, M y SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

HAURIOU, M. “Précis de Droit Administratif et Droit public”, *Sirey*, París, 8ª ed., 1914.

HUERO LORA, A., “Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi: Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 435-458.

JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. *Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos? Análisis de la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Informe jurídico de 13 de abril de 2015.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

MARTÍN FERNÁNDEZ, C., “El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.). *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi: Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 559-590.

MASSÓ GARROTE, M.J., “El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, 2016, pp. 101-126.

PRESNO LINERA, M. A. “Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.). *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, 2017, Madrid, pp. 15-36.

REBOLLO PUIG, M., “La protección administrativa del espacio público en particular, mediante sanciones”, en CIERCO SEIRA, C., GARCÍA ALBERO, R. M. y SILVEIRA GORSKI, H. C. (Coords.): *Uso y control del espacio público, viejos problemas, nuevos desafíos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 219-229.



REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi/ Thomson Reuters, 2019, pp. 31-41.

REBOLLO PUIG, M. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAO, Madrid, 1989.

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. “Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación” en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D.J (Dir.), *Derecho Administrativo Tomo III. Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 47-92.

RIDAO MARTÍN, J. “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público de España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 187-217.

RUIZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada ‘devolución en caliente’ y su regulación en la LOEx”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 88/2, julio-diciembre de 2016, pp. 329-336.

