

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3848-2015.

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

La casi totalidad de los argumentos discrepantes están recogidos en el voto particular a la STC 172/2020, de 19 de noviembre, de modo que me limitaré a remitirme a ellos cuando así proceda.

1. El pronunciamiento frente al que opongo este voto particular parte de la misma concepción de la seguridad ciudadana que subyace en la STC 172/2020, y así se reconoce expresamente en el FJ 2 a).

Esta aproximación ignora que la normativa sobre seguridad ciudadana debiera partir de una concepción garantista y de mínima intervención en el alcance de los derechos fundamentales, y así lo manifesté ya en el voto particular a la STC 172/2020, remitiéndome ahora a su contenido. Quisiera resaltar solamente la idea clave de aquella discrepancia: si la sentencia aprobada el 19 de noviembre y la actual hubieran partido de la premisa de que la “Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana no debiera ser una ley de control de la ciudadanía, sino una norma de control del poder que se ejerce sobre la ciudadanía”, esto es de que el pleno ejercicio de los derechos ha de ser la regla y su restricción la excepción, las conclusiones alcanzadas hubieran debido ser otras en aquel caso y en el presente. Merece la pena insistir en esta idea: la finalidad de la normativa de seguridad ciudadana no es asegurar la comodidad o el sosiego de la ciudadanía que, por supuesto, se puede ver alterada cuando terceras personas ocupan el espacio público, se manifiestan o se reúnen para, por ejemplo, expresar su descontento o reivindicaciones en algún sentido. La finalidad constitucionalmente legítima de una ley de este tipo es evitar riesgos a la seguridad común, y establecer un elenco de garantías suficiente para evitar una restricción excesiva del ejercicio de los derechos por parte de los agentes de la autoridad. Cualquier exceso respecto de este marco finalista, permite dudar del ajuste constitucional de la norma.

2. También manifesté en el voto particular a la STC 172/2020, que “el juicio abstracto de constitucionalidad no puede ser ni un juicio ciego, ni ignorante de la realidad social sobre el

que ha de proyectarse”. De nuevo en la presente sentencia parece obviarse ese contexto social, pero también el contexto normativo, cuando se desestima la impugnación del art. 37.7 LO 4/2015, destinado a perseguir la venta ambulante no autorizada pensando en el fenómeno conocido como “top manta”.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, aprobada el mismo día que la Ley Orgánica sometida a control de constitucionalidad en este caso, reformó los artículos reguladores de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270.4 y 274.3 CP), endureciendo el castigo de la venta de las obras (musicales y fílmicas) y mercancías (de marcas registradas) que habitualmente se comercializan en la venta ambulante sin autorización, pudiendo llegarse incluso a imponer penas de prisión (de seis meses a dos años en determinados supuestos). Esta reforma no solo endureció las penas, sino que al trasladar el comportamiento típico del ámbito de las (desaparecidas) faltas al de los delitos, coloca en peor situación a los sujetos infractores, al ampliarse los plazos de prescripción y suponer el eventual surgimiento de antecedentes penales lo que, teniendo en cuenta que el perfil mayoritario de los manteros es el de una persona extranjera en situación administrativa irregular, dificulta la eventual obtención de un permiso de residencia y faculta a la expulsión.

En paralelo, la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana incorpora el artículo 37.7, de modo que las conductas perseguidas penalmente, también pueden quedar definidas como infracciones administrativas con la sola modificación de la finalidad perseguida por la norma punitiva, existiendo una concurrencia de tipos. Se da la circunstancia, por tanto, de que la venta ambulante de productos protegidos por la propiedad intelectual (art. 270.4 CP) o industrial (art. 274.3 CP) puede ser constitutiva de delito en protección del interés patrimonial vinculado a la explotación de ambos tipos de propiedad, mientras que puede ser asimismo perseguible, en este caso en vía administrativa, por suponer un riesgo para la seguridad pública al implicar la ocupación sin permiso de la vía pública. Obviamente, la eventual persecución penal supone la preterición del régimen administrativo sancionador hasta que se hubiera dictado sentencia penal. Pero incluso llegado este punto, podrían llegar a simultanearse dos regímenes administrativos sancionadores, en los supuestos en que las Comunidades Autónomas prevean en su normativa sobre comercio que la venta ambulante sin autorización es una infracción administrativa, o en el caso de que lo haga una ordenanza municipal. Esta concurrencia mixta se da en el caso de Cataluña de una forma clara, puesto que el art. 73.5 de la Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comerç, serveis i fires, tipifica como infracción grave en relación con la venta ambulante, su realización

sin autorización del ayuntamiento correspondiente. En suma, tenemos un ejemplo claro de concurrencia de sanciones, cuya solución no resulta sencilla si tenemos en cuenta la inconcreción del art. 37.7 LOPSC, que parece definir el comportamiento infractor por exclusión, estableciendo la mera ocupación del espacio público como lesiva de la seguridad ciudadana, sin necesidad de que se produzca alteración del orden público, sin tener en cuenta que la falta de autorización administrativa para la venta ambulante puede ser también sancionable y sin considerar que la mayoría de los productos que se venden en estas circunstancias van a permitir la subsunción del comportamiento en los hechos tipificados por el código penal.

La sentencia, ante la perplejidad que provocan en el Parlamento recurrente estas circunstancias, se limita a constatar que el art. 37.3 LOPSC, por su ubicación sistemática en la Ley “persigue la protección de la seguridad ciudadana, entre cuyas vertientes se encuentra la garantía de la ‘utilización de las vías y demás bienes demaniales’ [art. 3 f]”. A mi juicio resulta evidente la tautología. La sentencia debería haber justificado, en su caso, por qué en este supuesto lo protegido no es la propiedad ajena (intelectual o industrial), sino la seguridad ciudadana, cuya afectación por lo demás, es difícil de comprender si pensamos en la bien conocida actividad de los manteros. Esta actividad no necesariamente obstaculiza el uso común de la vía pública, y la indeterminación de la noción, unida a la concurrencia mixta de ilícitos, es una puerta abierta al uso arbitrario de la facultad sancionadora atribuida al poder público. No puede descartarse que este tipo de actividad tenga una incidencia negativa en el ámbito de la protección del derecho a la propiedad, incluso en el ámbito tributario porque se trata de una actividad comercial no sujeta a tributación, o en el laboral por cuanto supone el ejercicio de un trabajo en la economía sumergida. Pero que todo ello suponga, *per se*, un riesgo para la seguridad ciudadana queda sin explicación en la propia ley, y, desde luego, queda sin justificación alguna en la sentencia. Como la finalidad declarada de la disposición no tiene sustento bastante, es difícil sostener que se respete el principio de tipicidad (art. 25.1 CE), porque esa falta de base se traduce en la falta de adecuada definición de cual deba ser el ámbito de aplicación del precepto: no se concreta qué significado debe dársele a la palabra “ocupación”; qué cantidad de personas deben ocupar la vía pública realizando venta ambulante sin autorización para entenderse que obstaculizan su uso. Tampoco se especifica si debe o no concurrir violencia o intimidación, o bastaría con la simple presencia simultánea de personas en tal espacio común, incluso de forma totalmente pacífica.

El margen de indeterminación del precepto guarda directa relación con la amplia facultad de actuación concedida al que la sentencia llama “el aplicador del derecho”, es decir a

los agentes del orden encargados de aplicar la medida sancionadora. Y, ese amplio margen, no puede desconectarse de las muy particulares circunstancias que rodean a quienes ejercen este tipo de venta ambulante: se trata mayoritaria, aunque no exclusivamente, de personas extranjeras sin permiso de trabajo, frecuentemente subsaharianas, muy habitualmente en situación administrativa irregular, lo que les avoca a vivir de una economía sumergida controlada, en buena medida, por mafias. Personas en exclusión social, que las condiciona a dedicarse a este tipo de actividades. Y la persecución por la vía del derecho administrativo sancionador -por lo demás, bastante ineficaz, en este caso, como medida preventiva frente a la comisión de futuras infracciones- no hace sino expulsarlas aún más a los márgenes del sistema. La exigencia de un tipo penal claro debería haber llevado a la inconstitucionalidad de esta norma. Entiendo que está ausente en este caso y que, por tanto, debería haberse declarado la inconstitucionalidad del art. 37.7 LOPSC que, como otros preceptos objeto de este recurso de inconstitucionalidad, y del recurso resuelto por la STC 172/2020, no observa la exigencia constitucional de taxatividad de las disposiciones sancionadoras, generando más inseguridad jurídica que la que intenta combatir.

3. Tampoco estoy de acuerdo con el juicio de constitucionalidad que se formula respecto del art. 20 LOPSC en el fundamento jurídico 3 de la sentencia.

La previa STC 172/2020 se refirió ya al apartado 2 de dicho precepto y me remito a lo que dije en mi voto particular respecto de esta cuestión en concreto. En este caso, los recurrentes impugnan la totalidad del art. 20 LOPSC y el parámetro de control propuesto también difiere del de la demanda que plantea el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015, puesto que ahora se argumenta en torno a la insuficiencia de la ley para determinar la restricción del derecho a la intimidad en los términos previstos en el precepto impugnado.

Sirven para expresar mi actual oposición los argumentos desarrollados en mi anterior voto particular respecto del examen del art. 20.2 LOPSC, porque estos giraban ya en torno a la cuestión de la calidad de la ley que ahora se plantea con mayor amplitud por los recurrentes.

La sentencia sostiene que la referencia de la norma a que “podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo (...)”, introduce una condición (la existencia de indicios racionales) que refiere un “parámetro de razonabilidad objetiva verificable en cada caso concreto y convierte esa medida de intervención en suficientemente previsible, alejándola del peligro de uso arbitrario

que tendría si dependiera enteramente del criterio subjetivo de los agentes de policía”. Pero, como dije en el voto a la STC 172/2020, esta previsión que se pretende garantista no “satisface el canon de previsibilidad, porque no concreta los motivos específicos que han de concurrir para adoptar una medida de esta naturaleza. Tampoco se precisan cuáles son los instrumentos u objetos que por su relevancia -potencialidad para generar un riesgo grave para la seguridad ciudadana-, puedan justificarla; ni los hechos o circunstancias que puedan desencadenar la intervención policial (comportamientos delictivos o peligrosos susceptibles de infracción administrativa, su comisión o la simple amenaza o intención de cometerlos, etc.)”. La mera mención a la existencia de indicios racionales no es ni mucho menos objetiva, al contrario, es fundamentalmente contingente y profundamente subjetiva en cuanto que depende de la apreciación indiciaria del agente de autoridad.

La sentencia invoca como argumento de refuerzo la jurisprudencia contenida en la previa STC 17/2013, de 31 de enero, que también evocaba en mi voto particular a la STC 172/2020, aunque fuera en realidad para asumir la posición discrepante con aquella sentencia, manifestada en un voto firmado por cuatro magistrados. Allí, se cuestionaba la falta de calidad de la ley, recordando que la garantía de la previsión legal de las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales “no queda limitada al hecho de que una ley habilite la medida, sino que es preciso, conforme a exigencias mínimas de calidad de la ley y de respeto al contenido esencial del derecho -como mandato dirigido al legislador de los derechos fundamentales- (art. 53.1 CE), que en esa regulación el legislador predetermine, como primer obligado a realizar la ponderación de derechos o intereses en pugna, los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales”.

En el caso que ahora nos ocupa, como sucedía en las SSTC 17/2013 y 172/2020, la predeterminación normativa formulada es insuficiente. Y ello se predica aquí respecto de la totalidad del art. 20 LOPSC, con lo que entiendo que vulnera el derecho a la intimidad corporal del art. 18.1 CE, por lo que debió ser declarado inconstitucional y nulo.

4. Por último, me remito al contenido de mi voto particular a la STC 172/2020 en todo lo relativo a la disposición final primera de la LOPSC [que se aborda en el FJ 2 e) de la presente resolución]; en lo que se refiere al art. 36.6 LOPSC (FJ 6 de esta sentencia), que dispone como infracción grave las manifestaciones frente a las sedes parlamentarias; y en las consideraciones que allí formulé sobre la inadecuación de las sentencias interpretativas en supuestos en que se

somete a juicio de constitucionalidad una norma sancionadora porque, como decía entonces, los principios de conservación de la ley y de interpretación conforme a la Constitución, pueden no ser siempre compatibles con la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de taxatividad del art. 25 CE, lo que en el asunto que ahora nos ocupa se proyecta sobre la interpretación conforme que hace la sentencia del art. 36.22 LOPSC (FJ 8).

Concluye este voto con la misma idea que expresé en el voto a la STC 172/2020: la sentencia aprobada ahora, como la que se aprobó el 19 de noviembre pasado, no puede conciliarse con la idea de interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, valida el efecto de desincentivo del ejercicio del derecho de protesta que consagra la Ley Orgánica 4/2015, y contribuye a la estigmatización de las personas que ejercitan ese derecho y a aquellas otras obligadas a permanecer en los márgenes de una sociedad que, debiera aspirar a ayudarlas a salir de ese espacio.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno.