

A blurred photograph of a large crowd of people walking in a city street, likely during a festival or parade. The people are wearing various colorful clothing, and the background shows buildings and a clear sky. The overall image has a soft, out-of-focus quality.

# SEGURIDAD Y CIUDADANÍA

Revista del Ministerio del Interior

2

Julio-Diciembre

2009



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DEL INTERIOR



# Seguridad y Ciudadanía

Revista del Ministerio del Interior

2

Julio-Diciembre

2009

# Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior

Semestral

*Las normas para la remisión y la publicación de originales se incluyen al final de la revista.*

*El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores.*

---

## Precios:

Edición en papel: 10 € (número suelto)

Edición electrónica: 7 € (CD-ROM, número suelto)

*También disponible en la WEB (www.mir.es. Solo lectura). Edición gratuita*

---

Catálogo General de Publicaciones Oficiales:

<http://www.060.es>

Edita:



© MINISTERIO DEL INTERIOR

ISSN: 1889-6316 (papel)	Depósito legal: BI 1690-2009 (papel)	NIPO: 126-09-043-6 (papel)
ISSN: 1889-6324 (CD-ROM)	Depósito legal: BI 1692-2009 (CD-ROM)	NIPO: 126-09-049-9 (CD-ROM)
ISSN: 1989-6468 (en línea)		NIPO: 126-09-050-1 (en línea)

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de contratación pública.

---

IMPRIME: Composiciones RALI, S.A. Particular de Costa, 8-10-7º. 48010 BILBAO

# **SEGURIDAD y CIUDADANÍA**

## **Revista del Ministerio del Interior**

### **CONSEJO DE DIRECCIÓN**

*D. Antonio Camacho Vizcaíno,  
Secretario de Estado de Seguridad*

*D. Justo Tomás Zambrana Pineda,  
Subsecretario del Interior*

*Dña. María Ángeles González García,  
Secretaria General Técnica*

### **CONSEJO EDITORIAL**

#### **PRESIDENTA**

*Dña. María Ángeles González García,  
Secretaria General Técnica*

#### **DIRECTOR**

*D. Enrique Cortés de Abajo,  
Subdirector General de Estudios  
y Relaciones Institucionales*

#### **SECRETARIA**

*Dña. María Rosa Martín de Vega,  
Jefe de Área de Estudios, Documentación  
y Publicaciones*

#### **VICESECRETARÍA DE COORDINACIÓN**

*Dña. Lourdes Madrigal Ibáñez,  
Jefe de Servicio de Documentación*

#### **VOCALES ASESORES**

*D. Bartolomé Sagrera Moreno,  
Consejero Técnico*

Vocales designados por las Direcciones  
Generales del Departamento



## ÍNDICE

### ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

- Competencias de la Unión Europea, del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales en materia de seguridad pública*  
por D. AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado ..... 11
- La expulsión de ciudadanos de la Unión Europea como medida que limita su derecho a la libertad de circulación y residencia*  
por D. MANUEL PÁEZ MÉNDEZ, Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía ..... 53
- Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia»*  
por D. JAVIER NISTAL BURÓN, Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias ..... 99

### CONSULTAS E INFORMES

- Respuestas de la Secretaría General Técnica a consultas sobre seguridad ciudadana* ..... 123
- Respuestas de la Secretaría General Técnica a consultas sobre materia de inscripción registral de asociaciones*..... 137

### LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la ilegalización de Batasuna* ..... 143
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el Departamento de Juegos de la Santa Casa da Misericórdia de Lisboa ....* 189

RECENSIONES Y SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

<i>La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados, de Caterina García y Angel J. Rodrigo</i> por D. ENRIQUE CORTÉS DE ABAJO.....	209
<i>Les neuf vies d'Al-qaida, de Jean-Pierre Filiu</i> por R.M.V. ....	217
<i>Selección bibliográfica del fondo documental de la Biblioteca Central y del Servicio de Documentación del Ministerio del Interior (Partidos políticos en España: derecho e ilegalización) .....</i>	219

**ARTÍCULOS  
Y COLABORACIONES**



# COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA, DEL ESTADO, DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA<sup>1</sup>

AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

1. COMPETENCIAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA.  
2. COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA.  
2.1. El término seguridad y los preceptos constitucionales relacionados.  
2.2. Las competencias estatales sobre seguridad pública. 3. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA. 3.1. Policías autonómicas. 3.2. Coordinación de las policías locales. 3.3. Espectáculos públicos. 3.4. Protección civil. 4. COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA.

## RESUMEN

Analizar las competencias que asume la Unión Europea, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales en materia de seguridad pública exige la realización de un análisis exegético riguroso de las normas que acogen ese término con toda la carga de ambigüedad y definición difusa que encierra, por afectar a múltiples ámbitos materiales relacionados con uno de los elementos más importantes de la soberanía de un Estado, con el ejercicio directo del poder público y con la afectación de derechos y libertades fundamentales, apuntalando al tiempo el moderno Estado de Derecho.

En los siguientes apartados se analizarán las competencias que han asumido los distintos actores jurídico territoriales en la materia, comenzando por la Unión Europea y el conocido tercer pilar comunitario, continuando con los aspectos nucleares de esta competencia que asume el Estado como principal protagonista, reconociendo a renglón seguido el papel destacable que las comunidades autónomas han empezado a tener en materia de seguridad, especialmente tras las últimas modificaciones

de los Estatutos de Autonomía, y finalizando con las competencias locales, necesitadas, como se ha reconocido en otros muchos aspectos del régimen local, de un reforzamiento e impulso que aproveche toda la potencialidad de un escalón territorial que espera su oportunidad.

## ABSTRACT

To study the competences of the European Union, the State, the Autonomous Regions and Local Entities in the field of public security, it is necessary to develop a rigorous and detailed analysis of the legislation dealing with these issues. However, the term public security is vague and ambiguous, for it relates to different material aspects of one of the most important elements of the state sovereignty, that is to say the direct exercise of power and the impact on the fundamental rights and freedoms, reinforcing at the same time the modern rule of law.

What follows is an analysis of the competences taken by the different territorial legal subjects in this field, starting with the European Union and the well-known third Community pillar. The study will then focus on fundamental aspects of these competences, which have been taken by the State as main actor. Immediately afterwards we will recognise the important role that is being played by the Autonomous Regions in the field of security, especially after the last reforms of the Statutes of Autonomy. Finally, the analysis will deal with the competences of the Local Entities that, like on other occasions, need to be reinforced and promoted, with a view at making the most of this territorial level.

*Palabras clave:* Seguridad pública, Competencias comunitarias, Competencias estatales, Competencias autonómicas, Competencias locales.

*Key words:* Public Security, Community competitions, State competitions, Autonomous competitions, Local competitions.

\* \* \*

## 1. COMPETENCIAS EUROPEAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

El ámbito de la seguridad pública ha venido siendo considerado una procelosa materia en íntima relación con la soberanía de los Estados, lo que ha ocasionado serias reticencias por parte de éstos a su cesión a la Unión Europea (en adelante, UE), en el temor de perder uno de los ámbitos competenciales más sensibles y con mayor trascendencia pública que puede ejercer un país. Es probable que la cesión de la soberanía en materia de seguridad, al

igual que ha ocurrido en materia de defensa, se haya ido conquistando por las instituciones comunitarias en razón al convencimiento de que la unión de esfuerzos en el ámbito judicial y policial constituye la manera más eficaz de combatir las nuevas formas de criminalidad, transnacionales, complejas y organizadas, que no conocen de fronteras interiores y que producen un efecto nocivo en los sistemas jurídicos y sociales de toda la UE. Es el caso del terrorismo internacional, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, el fraude transnacional y cualquier otra forma de criminalidad organizada. La supresión de las fronteras interiores no sólo permite la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, sino también de las ineficiencias y defectos de los sistemas, que terminan contaminando al resto de los Estados destinatarios de esos servicios.

Los pasos dados hasta alcanzar una política común en materia de seguridad europea han sido lentos y salpicados de obstáculos. Sin duda, fue el Acta Única Europea de 1986, cuyo hito más destacable fue la consecución del mercado interior, el acto modificativo de los tratados que sentó las bases de la necesidad de establecer, al tiempo que se desmoronaban las fronteras interiores, mecanismos de control de las fronteras exteriores de la Comunidad y definir una política común de asilo e inmigración. Teniendo en cuenta las reticencias de muchos países para ceder parcelas de soberanía en materia de seguridad, el proceder comunitario era reconducido a la intergubernamentalidad, prueba de la cual era que la mayoría de los avances tenían como soporte instrumental convenios, ya fueran bilaterales, ya multilaterales. Ahora bien, el avance más notable se produjo en la UE con la suscripción por cinco Estados (Alemania, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) del Acuerdo de Schengen el 14 de junio de 1985. Se trató de un acuerdo por el que se facilitaba la supresión de los controles en las fronteras interiores al tiempo que se reforzaban los controles de las exteriores y se armonizaban las medidas nacionales en materia de visados, asilo y cooperación policial y judicial. El convenio que vino a aplicar el Acuerdo de 1985 se suscribió el 14 de junio de 1990, entrando definitivamente en vigor el 26 de marzo de 1995. Otros muchos Estados se sumaron posteriormente, aunque de forma lenta, entre ellos España en junio de 1991, llegando a la actual cifra de 28 Estados miembros, algunos de los cuales no forman parte de la UE<sup>2</sup>. El sistema Schengen se completa de lo que se conoce como «acervo Schengen», es decir, todas las disposiciones normativas, reglamentarias, prácticas administrativas y mecanismos operativos dictados por el Comité Ejecutivo del sistema y por la estructura orgánica al servicio del mismo.

El siguiente paso importante fue dado con el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), de 7 de febrero de 1992, en

el que se incorporó formalmente lo que se conoce como el tercer pilar comunitario, es decir, la cooperación en los ámbitos de justicia y los asuntos de interior, si bien las competencias y las decisiones seguían siendo ejercidas y adoptadas, fundamentalmente, desde una perspectiva intergubernamental. En general, el TUE enumeró nueve ámbitos de interés común que eran objeto de cooperación: asilo, cruce de personas por las fronteras exteriores de la Comunidad, política de inmigración y la relativa a nacionales de terceros Estados, lucha contra la toxicomanía y el fraude a escala internacional, cooperación judicial civil y penal, y cooperación aduanera y policial para la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia internacional. Los instrumentos jurídicos que eran empleados para dicha cooperación (posiciones y acciones comunes) se mostraron en poco tiempo ineficientes y lentos, razón por la cual el Tratado de Amsterdam suscrito el 2 de octubre de 1997 persiguió superar inmediatamente esas deficiencias, estableciéndose como un objetivo de la UE «*mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de las personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia*» (ex artículo 2 TUE). Con éste último tratado se comunitarizan muchas competencias y ámbitos de actuación en materia de justicia e interior, se mejora el diseño institucional y procedimental para la toma de decisiones y se incluye en la UE todo el sistema Schengen comentado.

El Tratado de Niza supuso un nuevo impulso en esta materia por cuanto se ampliaron el ámbito de toma de decisiones comunitarias por el procedimiento de mayoría cualificada y por codecisión, se describen las funciones de Eurojust<sup>3</sup>, y se suprimió la posibilidad de veto para oponerse a la cooperación reforzada en esta materia.

Sin entrar en un análisis más prolijo sobre esta materia, se puede destacar que el TUE recoge, hoy en día, un título V que codifica una serie de disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común (PESC), consagrando como objetivos: la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia e integridad de la Unión, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas; el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas; el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París, incluidos los relativos a las fronteras exteriores; el fomento de la coopera-

ción internacional; y el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Asimismo, un nuevo título VI (artículos 29 a 42) regula la cooperación policial y judicial en materia penal, estableciendo como objetivo de la UE ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. El tratado entiende que, para conseguir este objetivo, debe existir una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol); una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust); y la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal.

En concreto, la acción en común que prevé el TUE en el ámbito de la cooperación policial incluye:

*a) La cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de hechos delictivos;*

*b) La recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante Europol, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obre en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales;*

*c) La cooperación e iniciativas conjuntas en la formación, el intercambio de funcionarios de enlace, las comisiones de servicio, el uso de equipos y la investigación científica policial;*

*d) La evaluación común de técnicas especiales de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.»*

En cumplimiento de las prescripciones del tratado, mediante convenio suscrito en Bruselas el 26 de julio de 1995 se creó la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), que comenzó a funcionar en julio de 1999 como organización de cumplimiento de la ley de la UE que gestiona las informaciones sobre el delito. Su objetivo es mejorar la efectividad y la cooperación de las autoridades competentes de los Estados miembros en la prevención y la lucha

contra la delincuencia internacional organizada grave y el terrorismo. En concreto, Europol presta su apoyo en las actividades de prevención y represión del delito de los Estados miembros, principalmente contra: el tráfico ilegal de drogas, las redes de inmigración ilegal, el terrorismo, la falsificación de moneda y de otros medios de pago, la trata de seres humanos, incluida la pornografía infantil, el tráfico ilícito de vehículos y el blanqueo de capitales.

En definitiva, la seguridad se va configurando progresivamente como una competencia más de la UE, según se produce la construcción y profundización de la cooperación judicial y policial en los distintos ámbitos reseñados. La ejecución de esta competencia comunitaria corresponde a los Estados miembros, sin que las comunidades autónomas ni las entidades locales tengan, por el momento, gran protagonismo, si bien parece que las primeras podrán ir asumiendo cotas de cooperación en la medida en que cuentan con cuerpos policiales propios que podrán realizar operaciones de vigilancia y persecución transfronterizas. En todo caso, las disposiciones vigentes establecen que sólo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden realizar investigaciones transfronterizas, y el acceso al Sistema de Información Schengen (SIS) está centralizado en una oficina radicada en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil del Ministerio del Interior (Sirene), que puede aportar información a las policías autonómicas cuando éstas lo precisen.

## 2. COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

### 2.1. EL TÉRMINO SEGURIDAD Y LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS

El título competencial más importante que prevé la Constitución Española en materia de seguridad pública en virtud del cual se atribuye al Estado es el artículo 149.1.29ª CE. Dicho precepto establece que éste ostenta competencia exclusiva en materia de *«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.»*

De este precepto se puede concluir que el constituyente debió tener como objetivo la atribución al Estado de todas las competencias relativas a la seguridad pública, en el sentido más amplio posible, por cuanto el *nomen* que

emplea es lo suficientemente omnicompreensivo como para intentar abarcar todas las submaterias posibles dentro del mismo. Tan sólo la salvedad en virtud de la cual las comunidades autónomas pueden crear policías autonómicas deshoja del poderoso tronco conceptual de seguridad pública una rama, ciertamente importante, relacionada con ella. Esta única salvedad conduce a la conclusión de que el término «seguridad pública» engloba un concepto multidisciplinar y poliédrico, de modo que en su seno tienen cabida otros términos como el de seguridad ciudadana, policía, seguridad de personas y bienes, seguridad pública, seguridad privada, seguridad interior y exterior, y hasta sobre armas y explosivos, si bien en este último caso la norma fundamental consagra un precepto a esta submateria (el artículo 149.1.26ª CE), que indudablemente también está relacionada con la seguridad pública.

Con independencia de que el concepto de seguridad pública se haya confundido, en ocasiones, con otros próximos como el de orden público o seguridad ciudadana, el Tribunal Constitucional ha entendido desde sus primeros pronunciamientos que el término de seguridad pública es más preciso que el de orden público. Así, algunas sentencias del Alto Tribunal entienden<sup>4</sup> que dentro del orden público pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, que no forman parte del concepto de seguridad, «*la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas*». Posteriores pronunciamientos delimitaron los contornos de esta definición anteriormente acuñada por el Tribunal Constitucional, por su amplitud, ya que no toda seguridad de personas y bienes ni toda normativa encaminada a conseguirla, o preservar su mantenimiento, entra dentro del título competencial de seguridad pública, porque si no, casi todas las normas del ordenamiento jurídico serían normas de seguridad pública. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima<sup>5</sup> que dicho concepto material engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido, y que dentro de este conjunto de actuaciones hay que situar predominantemente a las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin, es decir, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a que se refiere el artículo 104 CE. Además de esas actividades policiales, hay que entender también incluidas en el concepto las facultades ejecutivas en relación con las medidas de seguridad en entidades y establecimientos, públicos y privados.

En todo caso, dentro del concepto de seguridad pública hay que entender incluidos la seguridad ciudadana, la protección civil y la vigilancia de la paz

pública en todas sus formas. También hay que entender inmerso en ese concepto a la seguridad privada, por entender que se trata de un servicio complementario y subordinado a los de seguridad pública, puesto que se trata de una actividad de aseguramiento de personas y bienes de naturaleza jurídico-pública que es desempeñada por empresas privadas, pero que está y tiene que estar sometida a rigurosos e intensos controles por parte del poder público a través de un régimen de autorización administrativa previa o habilitación, el cumplimiento de unos deberes y obligaciones en el ejercicio de sus funciones, y el sometimiento a un régimen sancionador estricto y riguroso, evitando cualquier exceso por quienes no están jurídicamente investidos del ejercicio de un poder público. De hecho, varios órganos jurisdiccionales han entendido que el ejercicio de esta actividad de seguridad privada, contribuyendo al mantenimiento de la seguridad pública, no constituye el ejercicio de poder público, por lo que se sitúa extramuros de una potestad en el sentido jurídico público del término, y los vigilantes de seguridad privada, en ningún caso, tienen la condición de agentes de la autoridad. Sobre esta última materia no se entrará en mayores discernimientos por no ser objeto concreto de este trabajo.

Si atendemos a las submaterias que pueden afectar al término de seguridad pública y que se encuentren recogidos expresamente en la Constitución Española, encontramos pocos preceptos constitucionales que puedan tener relación con ella:

– El artículo 104 CE, que proclama que:

*«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.*

*2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.»*

– El artículo 148.1.22ª CE, que consagra como competencia de las comunidades autónomas *«La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.»*

– El artículo 149.1.26ª CE, que otorga competencia exclusiva al Estado en relación con el *«régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.»*

De forma indirecta, también podrían incluirse entre aquellos preceptos que tienen cierta incidencia en el amplio campo de la seguridad pública los títulos competenciales relativos a: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (*ex* artículo 149.1.2ª CE), sin que con ello se preten-

da establecer una conexión directa entre la seguridad ciudadana y la inmigración y extranjería por ser ésta una materia de múltiple incidencia en variadas políticas públicas (de servicios sociales, laborales, económicas, culturales, religiosas, ...) entre las que la política de seguridad pública es una más a tener en cuenta; a la defensa y Fuerzas Armadas (*ex* artículo 149.1.4ª CE), si bien esta materia tiene una relación más directa con la seguridad exterior y la defensa del Estado frente a agresiones a su seguridad y su orden constitucional.

No son los únicos preceptos constitucionales que se refieren a la seguridad. El mismo preámbulo de la Constitución proclama como uno de los objetivos de la nación española establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, de modo que todos esos grandes principios metaconstitucionales parecen relacionarse de modo que no existe una verdadera libertad donde no hay justicia y donde no se garantiza la seguridad y viceversa.

El término seguridad también es empleado por la norma fundamental para referirse a otros aspectos como la seguridad jurídica (*ex* artículo 9.3 CE), la cual debe entenderse como la certeza práctica del Derecho, como la seguridad que el Estado debe proporcionar a las personas y ciudadanos para que ella misma, sus bienes y sus derechos serán protegidos y no serán violentados y, en caso de serlo, que deberán seguirse unos procedimientos y mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico. Son principios derivados de la seguridad jurídica, entre otros, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad, la tipificación de delitos, faltas e infracciones administrativas, la prescripción y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El artículo 17.1 CE proclama que *«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.»*

El artículo 25.2 CE hace una referencia a las medidas de seguridad que, en todo caso, hay que entender referidas al ámbito y la materia penitenciaria. Dicho precepto dispone que *«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.»*

Otros preceptos se refieren a la seguridad e higiene en el trabajo (*ex* artículo 40.2 CE), al amplio término de la Seguridad Social (*ex* artículo 41 y 129.1 CE), a la seguridad de los consumidores y usuarios (*ex* artículo 51.1 CE), a delitos contra la seguridad del Estado (*ex* artículo 102.2 CE), y a la seguridad y defensa del Estado (*ex* artículo 105 b) CE).

En cualquier caso, parece que ni la norma ni la doctrina arrojan un concepto claro ni uniforme sobre el término de seguridad pública. Los puntos de partida, no obstante, parecen claros: la sociedad actual está amenazada por numerosos riesgos y conflictos (que no sólo afectan a los bienes y derechos, sino también a la economía, los valores, la identidad, la salud, la cultura y las creencias, entre otros aspectos) de los cuales debe ser defendida aquélla mediante los instrumentos que arbitre el Estado para garantizar su integridad y la convivencia pacífica. Considerando estos aspectos, parece existir cierto consenso en delimitar el carácter instrumental de la seguridad ciudadana (como submateria dentro de la seguridad pública), concepto que en un primer momento se asocia a la represión de los delitos y las faltas y en la búsqueda de un orden, de modo que se establece una relación directa entre seguridad y reacción frente a la criminalidad. Y también parece aceptarse que en la base de dicho concepto está el deber del Estado de brindar protección a sus ciudadanos frente a toda amenaza a la seguridad personal y de sus bienes. Nuestra Constitución, como se ha dicho, ofrece un precepto del que puede deducirse una relación directa entre la garantía de la seguridad ciudadana y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades: se trata del artículo 104 CE.

En consecuencia, la seguridad pública se configura como una actividad prestacional o de servicio a cargo del Estado, el cual asume la responsabilidad de elaborar y ejecutar diversas políticas públicas preventivas y punitivas, con la finalidad de garantizar la seguridad ciudadana, el orden, la paz social, la tranquilidad y el desarrollo de la vida social libre de peligros.

La propia exposición de motivos de la LOFCS es clarificadora sobre el término seguridad pública. Así, se dispone que dicho concepto «*constituye una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones, con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición.*»

## 2.2. LAS COMPETENCIAS ESTATALES SOBRE SEGURIDAD PÚBLICA

Aunque a continuación se intentarán aclarar las competencias que ostenta el Estado en cada una de las submaterias que integran el amplio concepto de seguridad pública, es preciso situar en el frontispicio de esta explicación

que la doctrina constitucional ha delimitado<sup>6</sup> el alcance de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas estableciendo dos criterios fundamentales: por un lado, que el ámbito competencial que se deriva de la creación de las policías autonómicas no sólo supone una referencia a sus aspectos orgánicos, sino también funcionales, lo que significa abarcar tanto la organización de la policía autonómica como el ejercicio dentro de su territorio de funciones o servicios policiales no estatales; por otro, que existen ciertas actuaciones administrativas no separables por su inherencia o complementariedad de la misión de proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana, incluyendo las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los delincuentes.

En consecuencia con lo expuesto, las competencias que ostenta el Estado en esta materia son las siguientes:

*Seguridad pública:* el Estado, al atribuírsele la competencia exclusiva, ejerce tanto las competencias normativas como las de ejecución, si bien se permite que las comunidades autónomas creen su propia policía de conformidad con lo que establezcan los Estatutos de Autonomía y una ley orgánica, que es la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS).

Si atendemos a la jurisprudencia consolidada sobre el término y competencias de seguridad pública, podrá apreciarse que el Tribunal Constitucional ha dejado consolidado<sup>7</sup> el criterio de que esta materia corresponde al Estado sin más excepción que la que se derive de la creación de policías autonómicas.

Ahora bien, no toda norma que tiene como finalidad garantizar la seguridad de las personas y bienes puede calificarse como seguridad pública a efectos de atribuirla a la competencia estatal en todo caso.

En consecuencia, no resulta descabellado llegar a la conclusión de que se trata de una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas, y así lo han puesto de manifiesto numerosos autores de la doctrina, además de poder encontrarse una afirmación reveladora en la exposición de motivos de la LOFCS, en la que se dispone que la seguridad pública ocupa «*un terreno de encuentro de las esferas de competencia de todas las Administraciones Públicas –aunque el artículo 149.1 de la Constitución la enumere, en su apartado 29, entre las materias sobre las cuales el Estado tiene competencia exclusiva– y las matizaciones y condicionamientos con que la configura el texto constitucional, lo que hace de ella una de las materias compartibles por todos los poderes públicos, si bien con estatutos y papeles bien diferenciados.*»

*Policía estatal:* parece evidente que si el artículo 149.1.29<sup>a</sup> CE realiza la salvedad comentada respecto a las comunidades autónomas, es porque el Estado puede contar con su policía propia, y así lo consagró la norma fundamental en el artículo 104 CE, en el que se definió la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la Nación y se remite a una norma orgánica para determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de aquéllas. En cumplimiento del mandato constitucional, las Cortes aprobaron la LOFCS con la finalidad de desarrollar no sólo el artículo 104 CE, sino también para determinar el marco en el que los Estatutos de Autonomía podrían establecer la forma de concretar la posibilidad de creación de policías de las respectivas comunidades autónomas (*ex* artículo 149.1.29<sup>a</sup> CE), para fijar los términos dentro de los cuales aquéllas pueden asumir competencias en lo que respecta a la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, y con el añadido propósito de desarrollar el artículo 126 CE, referido a la policía judicial, ya que se precisaba el marco jurídico preciso que regulase las relaciones entre el Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la misión de averiguación del delito y del descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La LOFCS perseguía, como objetivo principal, diseñar las líneas maestras del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su conjunto, tanto de las dependientes del Gobierno de la Nación como de las policías autonómicas y locales, estableciendo los principios básicos de actuación comunes a todos ellos y fijando sus criterios estatutarios fundamentales. Ese mandato está explícitamente recogido en el apartado 2 del artículo 104 CE cuando se refiere no sólo a las fuerzas de seguridad del Gobierno, sino a las de todo el Estado, obligando a determinar esas funciones y principios en una ley orgánica. Téngase en cuenta que la existencia de varios colectivos policiales que actúan en un mismo territorio con funciones similares obliga necesariamente a dotarlos de principios básicos de actuación o códigos deontológicos idénticos y de criterios estatutarios también comunes, y el mecanismo más adecuado que encontró el legislador fue reunir sus regulaciones en un texto legal único en el que resumaba un nítido sabor a los principios de cooperación recíproca y coordinación de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ora dependientes del Estado, ora dependientes de las comunidades autónomas.

El propio Tribunal Constitucional dejó claro desde un primer momento<sup>8</sup> que el Estado, en virtud de la competencia sobre seguridad pública que le otorga el artículo 149.1.29<sup>a</sup> CE, puede someter a un régimen común a todos los cuerpos policiales con el fin de que se garantice mediante una norma de

tratamiento global en un texto conjunto los principios que el artículo 104 CE proclama como misiones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Una de las claves de bóveda de todo el sistema para que las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad convivan sin tensiones funcionales ni competencias es la coordinación. La LOFCS, teniendo en cuenta que en materia de seguridad pública concurren las competencias de varias Administraciones Públicas, pero respetando el margen de autonomía que cada una de ellas tiene para el ejercicio de sus competencias, ha querido resaltar la necesidad de intercomunicación entre los cuerpos de seguridad de dichas esferas administrativas proclamando, como un elemento constitutivo de todos ellos, el principio de cooperación recíproca y de coordinación orgánica.

La LOFCS también establece unos cauces institucionalizados de auxilio y cooperación y unos mecanismos orgánicos de coordinación: los primeros traen causa de la posible insuficiencia de medios que pueden concurrir en algunas comunidades autónomas en materia policial y de seguridad, razón por la cual se establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado coadyuvarán a la realización de sus funciones policiales, o se llevará a cabo la adscripción funcional de ciertas unidades del Cuerpo Nacional de Policía a las comunidades autónomas que no dispongan de cuerpo policial propio, si bien su Estatuto de Autonomía prevea la posibilidad de crearlo.

En cuanto a los mecanismos orgánicos de coordinación, la LOFCS institucionaliza un órgano de naturaleza «política» (según su exposición de motivos), que es el Consejo de Política de Seguridad, con la finalidad de garantizar la coordinación entre las políticas de seguridad pública del Estado y de las comunidades autónomas. Su composición es la siguiente: lo preside el Ministro del Interior y está integrado por los Consejeros de Interior de las comunidades autónomas y por un número igual de representantes del Estado designados por el Gobierno de la Nación. Dentro del Consejo de Política de Seguridad funcionará un Comité de Expertos integrado por ocho representantes, cuatro del Estado y cuatro de las comunidades autónomas con la misión de asesorar técnicamente a aquél y preparar los asuntos que posteriormente vayan a ser debatidos en el pleno del mismo. Aunque se mencionará posteriormente en el apartado correspondiente, debe recordarse que la LOFCS también instituye, como órgano de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas en materia policial, la Junta de Seguridad.

Todos esos órganos y mecanismos tienen como misión común elaborar fórmulas de coordinación, acuerdos, programas de formación, de información y de actuaciones conjuntas; correspondiéndoles también la elaboración

de directrices generales y el dictamen de las disposiciones legales que afecten a todos los cuerpos de policía del Estado.

Pues bien, el Estado ha establecido un modelo policial en el que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado asumen un alto protagonismo, a excepción de aquellas comunidades autónomas que cuentan con cuerpos policiales propios de cierta tradición e importantes competencias, como es el caso de la Ertzaintza en el País Vasco, los Mossos d'Esquadra en Cataluña o la policía foral de Navarra.

Por lo que respecta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, están constituidos por el Cuerpo Nacional de Policía (instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior) y por la Guardia Civil (instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que la LOFCS le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa). Cada uno de esos cuerpos policiales interviene en un ámbito territorial distinto, con carácter general: así, corresponde al Cuerpo Nacional de Policía ejercitar sus funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine, mientras que la Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y en su mar territorial, es decir, que se emplea un criterio territorial que legitima la intervención de un cuerpo policial u otro, si bien posteriormente se añade un criterio funcional al señalar unas actividades específicas de un cuerpo y de otro. Las funciones y distribución de competencias entre ambos cuerpos policiales del Estado están regulados en los artículos 11 y 12 LOFCS.

La existencia en España, como en otros países europeos de nuestro entorno (gendarmería francesa y carabinieri italianos), de un cuerpo policial de naturaleza militar, como la Guardia Civil, que ejerce funciones de seguridad, ha sido considerado por el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> como una cuestión de legalidad ordinaria, lo que permite que el legislador opte por este modelo o por otro distinto. El Alto Tribunal entiende<sup>10</sup> que se trataría de una figura intermedia entre las Fuerzas Armadas que consagra el artículo 8 de nuestra Constitución y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sometidas a disciplina militar.

En cualquier caso, hoy en día se ha unificado la estructura de mandos para el Cuerpo Nacional de Policía y para la Guardia Civil. Así se acometió mediante el Real Decreto 991/2006, de 8 de septiembre, por el que se desa-

rolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, en el que se crea una nueva Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, suprimiendo sendas Direcciones Generales existentes hasta el momento para cada cuerpo.

Por lo que respecta a las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el artículo 11 dispone que son las siguientes:

*«a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.*

*b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.*

*c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.*

*d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.*

*e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.*

*f) Prevenir la comisión de actos delictivos.*

*g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.*

*h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.*

*i) Colaborar con los Servicios de Protección Civil en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de Protección Civil.»*

Además, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen las funciones de policía judicial, dependiendo de los Jueces, los Tribunales y el Ministerio Fiscal cuando se encarguen de las misiones de averiguación del delito y del descubrimiento y aseguramiento del delincuente (*ex* artículos 126 CE y 29 LOFCS). Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de policía de las comunidades autónomas y de las entidades locales. En el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a unidades de policía judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.

*Seguridad privada:* en relación con esta materia, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo<sup>11</sup> que el título competencial derivado del artículo

149.1.29ª CE incluye la seguridad privada, si bien corresponde al Estado las competencias normativas y ejecutivas con la excepción de las que se deriven de la creación de policías autonómicas, que es propio de las comunidades autónomas. En líneas generales, los Estatutos de Autonomía atribuyen a éstas la competencia de ejecución en materia de seguridad privada, y así ha sido recogido en los últimos procesos de modificación estatutarias emprendidos y llevados a término en la VIII legislatura (2004-2008).

*Armas y explosivos:* la competencia exclusiva del Estado es reconocida por el artículo 149.1.26ª CE, al proclamar que corresponde a éste el régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos. En relación con este precepto, es preciso observar que no atribuye todo el ámbito material al Estado, sino que lo circunscribe a ciertas actividades, verdaderamente amplias, pero dejando la puerta abierta a que las comunidades autónomas asuman competencias en el resto que deja expeditas el precepto constitucional.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha entendido<sup>12</sup> que todos los cuerpos policiales del Estado (ya dependan del Gobierno de la Nación, de las comunidades autónomas o de las entidades locales) deben cumplir la normativa estatal en lo relativo a la tenencia y uso de armas (así, corresponde al Gobierno de la Nación otorgar la licencia de armas que pueden portar los cuerpos de policía autonómicos, *ex* artículo 41.4, *in fine*, LOFCS), partiendo del principio de que todas las competencias en esta materia corresponden al Estado, pero también es cierto que la doctrina constitucional ha ido abriendo paso a un nuevo concepto que entiende que las comunidades autónomas pueden asumir ciertas competencias en la materia: la competencia estatal sobre armas y explosivos no impide facultades jerárquicas ni la regulación reglamentaria de la utilización de armas por las policías locales.

### **3. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA**

La línea competencial de las comunidades autónomas queda abierta, en esta materia y en primer lugar, no tanto por el artículo 148.1 CE, que podría estimarse su lugar natural, sino por la redacción que el constituyente da al artículo 149.1.29ª CE, precepto en el que deja abierta la salvedad a la asunción por el Estado de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, de modo que las comunidades autónomas podrán asumir parte de esta competencia mediante la creación de su propia policía autonómica. Es cierto, no obstante, que esta referencia constitucional a las comunidades autóno-

mas se circunscribe solamente a una parcela de la seguridad pública, tal y como se ha explicado con anterioridad, que es el de las policías autonómicas, por lo que para analizar las competencias de las distintas Autonomías en esta materia habrá que fijarse también en otros preceptos constitucionales. Es sólo en la submateria de policías autonómicas en la que las comunidades autónomas asumen alguna competencia en relación con la seguridad pública, a la luz de la Constitución.

En todo caso, no puede olvidarse que las competencias autonómicas sobre seguridad pública han sido delimitadas por el Tribunal Constitucional, conforme a lo ya expuesto en un apartado anterior, de modo que las comunidades autónomas habrán de respetar el bloque de constitucionalidad en esta materia, constituido no sólo por los artículos 104, 148.1.22ª y 149.1.29ª CE, sino también por las numerosas leyes orgánicas dictadas por las Cortes Generales al respecto, en especial la LOFCS y la LOPSC. De modo que las comunidades autónomas podrán asumir más o menos competencias en seguridad pública en función del mayor o menor espacio vacante que dejen las normas orgánicas que regulan esta materia.

Indudablemente, el proceso de reformas estatutarias emprendido en la VIII Legislatura ha dado lugar a que las competencias autonómicas sobre seguridad pública se hayan perfilado con mayor énfasis en pro de las autonomías, asumiendo nuevas cotas competenciales como las normativas y no sólo las ejecutivas, como hasta entonces, con el único límite de los derechos fundamentales que puedan quedar afectados, para los que se requiere una norma orgánica. De este modo, han desaparecido de la mayoría de las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas aquellas autolimitaciones que suponía recoger en su texto la reserva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes, documentos nacional de identidad, tráfico de armas y explosivos, protección fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal. Actualmente, no son pocas las voces que reclaman la transferencia o delegación por parte del Estado de las facultades de ejecución en materia de seguridad pública a aquellas comunidades autónomas que cuentan con cuerpos policiales propios, sobre todo referidas a la policía de seguridad que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Así, los vigentes Estatutos de Autonomía recogen las siguientes previsiones en relación con la seguridad pública:

- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: el artículo 49 dispone que la Generalitat ostenta competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, sobre la materia de «(...) 14.<sup>a</sup> Protección civil y seguridad pública.» Asimismo, el artículo 55 atribuye a la policía autónoma de la Comunitat Valenciana la función de vigilancia y protección de los edificios e instalaciones de la Generalitat.
- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia: el artículo 5 atribuye competencias sobre espectáculos públicos a esta comunidad autónoma, *«de conformidad con lo dispuesto en el número 29 del apartado uno del artículo 149 de la Constitución, (...) sin perjuicio de la competencia estatal sobre seguridad pública.»*
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: el artículo 65 dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el establecimiento de políticas de seguridad públicas de Andalucía en los términos previstos en el artículo 149.1.29.<sup>a</sup> de la Constitución. Asimismo, el artículo 66 proclama que *«Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de protección civil que incluye, en todo caso, la regulación, la planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, así como la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios respetando las competencias del Estado en materia de seguridad pública.»*
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León: el artículo 72 dispone que le corresponde la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, para lo que podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía, en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica a que se refiere el número 29 del artículo 149.1 de la Constitución. Asimismo, el apartado 2 dispone que *«La Comunidad Autónoma podrá también convenir con el Estado la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para el ejercicio de las funciones correspondientes a aquellas de sus competencias que así lo precisen.»*
- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias: el artículo 34 atribuye a la Comunidad Autónoma de Cana-

rias la competencia en materia de seguridad ciudadana, en los términos establecidos en el artículo 148, apartado 1, número 22, de la Constitución.

- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón: el artículo 71 atribuye a dicha comunidad autónoma, en el ámbito de las competencia exclusiva en relación con «58.<sup>a</sup> Seguridad privada, que comprende el establecimiento de los requisitos que deben reunir las personas físicas y jurídicas que adopten medidas de seguridad; la autorización, inspección y sanción de las empresas de seguridad que tengan su domicilio o ámbito de actuación en la Comunidad Autónoma; la formación del personal que realiza funciones de seguridad e investigación privada, así como la coordinación de los servicios de seguridad e investigación privadas con la policía autonómica y las policías locales de Aragón.»

Además, el artículo 77 reconoce la competencia ejecutiva en materia de: «15.<sup>a</sup> Seguridad ciudadana y seguridad privada cuando así lo establezca la legislación del Estado.»

- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: el artículo 84.2 dispone que los gobiernos locales de Cataluña ostentan, en todo caso, competencias propias, en los términos que determinen las leyes, sobre la regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los locales de concurrencia pública. Asimismo, el artículo 132 dispone que «*corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección civil, que incluye, en todo caso, la regulación, la planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, así como la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios, sin perjuicio de las facultades en esta materia de los gobiernos locales, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública.*» En materia de deporte y tiempo libre, el artículo 134 del Estatuto atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de deporte, que incluye «(...) *La regulación en materia de prevención y control de la violencia en los espectáculos públicos deportivos, respetando las facultades reservadas al Estado en materia de seguridad pública*». Y, finalmente, el artículo 164, en relación más concreta con la materia de seguridad pública, dispone que «*Corresponde a la Generalitat, en materia de seguridad pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal: (...) La planificación y regulación del sistema de seguridad pública de Cataluña y la ordena-*

*ción de las policías locales*». Por último, el artículo 173 dispone que le corresponde a la Generalitat la competencia sobre el uso de la videovigilancia y el control de sonido y grabaciones u otros medios análogos, en el ámbito público, efectuados por la policía de Cataluña o por empresas y establecimientos privados, teniendo en cuenta en todo momento que la Generalitat debe ejercer esta competencia respetando los derechos fundamentales.

- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia: el artículo 10 otorga a esa comunidad autónoma la competencia exclusiva sobre la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. Para el ejercicio de esa competencia, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Madrid: el artículo 26 le atribuye la competencia exclusiva en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones.
- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja: el artículo 8 le atribuye la competencia exclusiva en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, para cuyo ejercicio la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta: el artículo 21 dispone que la ciudad de Ceuta ejercerá competencias sobre vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones.
- Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: el artículo 20 otorga a esta comunidad autónoma la competencia sobre la vigilancia y protección de los edificios e instalaciones de la propia Comunidad.
- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura: el artículo 7 otorga a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones.
- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha: el artículo 31 atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva sobre vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, para lo cual podrá convenir con

el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el número artículo 149.1.29ª CE.

- Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears: el artículo otorga a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. Asimismo, el artículo 71 dispone que los Consejos Insulares, además de las competencias que les son propias, podrán asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la materia anterior.
- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria: el artículo 24 atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva sobre vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, para lo cual podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida conforme al artículo número 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla: el artículo 21 atribuye a la ciudad de Melilla competencias sobre la materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones.
- Los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas del País Vasco y Navarra no recogen competencia específica alguna en relación con el término «seguridad», en el sentido que se analiza en el presente trabajo, al centrarse casi exclusivamente, en esta materia, en la regulación de su policía autonómica, como se analizará en el siguiente apartado.

### 3.1. POLICÍAS AUTONÓMICAS

Pero partamos ahora de cuanto se refiere a las policías autonómicas. La misión y funciones que éstas pueden asumir dependen de lo que establezca la Constitución, sus Estatutos de Autonomía (que se encargarán de establecer la forma de creación) y la LOFCS (que acuñará el marco imprescindible para determinar sus funciones y competencias). Por tanto, en esta submateria, esas disposiciones normativas son las que constituyen el bloque de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional hace tiempo que consagró<sup>13</sup> el alcance de este concepto para referirse a los instrumentos normativos que,

junto con la Constitución misma y como complemento de ella, es preciso tener en cuenta para fijar con exactitud el régimen de una determinada competencia. Es decir, que el Alto Tribunal entiende<sup>14</sup> que, si bien es cierto que las normas constitucionales son el elemento privilegiado al que acudir para interpretar las competencias atribuidas a los distintos entes territoriales, reconoce a renglón seguido que no gozan de la exclusividad de resolución de los problemas interpretativos que puedan surgir, sino que *«los preceptos de la Constitución el marco de referencia más general y permanente, (...) no agotando su virtualidad en el momento de la aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste, a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma»*.

Pues bien, la LOFCS distingue entre aquellas comunidades autónomas que cuentan, porque así lo establecieron sus Estatutos de Autonomía, con cuerpos de policía propios, ya creados, y aquellas comunidades autónomas cuya norma institucional básica previó la posibilidad de creación de los mismos, además de existir un tercer grupo en el que se incluyen a las comunidades autónomas cuyos Estatutos de Autonomía no recogen previsión alguna al respecto. Esta clasificación tripartita de policías autonómicas la realiza el artículo 37 LOFCS, de modo que a cada grupo le atribuye unas competencias:

► Aquellas comunidades autónomas en cuyos Estatutos de Autonomía se previó la creación de cuerpos de policía propios podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección de edificios e instalaciones a que se refiere el artículo 148.1.22ª CE, si bien las amplía a las demás que prevé la propia norma orgánica. Estas otras competencias que superan el limitado marco del citado precepto constitucional son, *ex* artículo 38 LOFCS:

*«1. Con carácter de propias:*

*a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones y órdenes singulares dictadas por los órganos de la Comunidad Autónoma.*

*b) La vigilancia y protección de personas, órganos, edificios, establecimientos y dependencias de la Comunidad Autónoma y de sus entes instrumentales, garantizando el normal funcionamiento de las instalaciones y la seguridad de los usuarios de sus servicios.*

*c) La inspección de las actividades sometidas a la ordenación o disciplina de la Comunidad Autónoma, denunciando toda actividad ilícita.*

*d) El uso de la coacción en orden a la ejecución forzosa de los actos o disposiciones de la propia Comunidad Autónoma.*

*2. En colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:*

*a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y demás disposiciones del Estado y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.*

*b) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.*

*c) Vigilar los espacios públicos, proteger las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones humanas.*

*El ejercicio de esta función corresponderá, con carácter prioritario, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando, bien a requerimiento de las Autoridades de la Comunidad Autónoma, o bien por decisión propia, lo estimen necesario las Autoridades estatales competentes.*

*3. De prestación simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:*

*a) La cooperación a la resolución amistosa de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.*

*b) La prestación de auxilio en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil.*

*c) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, recursos hidráulicos, así como la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza.»*

Obsérvese cómo el artículo 38 LOFCS expande las funciones que pueden desarrollar los cuerpos policiales autonómicos cuyos Estatutos hayan previsto su creación, pero sin llegar a gozar de las importantes funciones que el artículo 104 CE y el artículo 11 LOFCS atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo dependencia del Gobierno de la Nación, la más importante de las cuales es la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Para ello pueden compararse las funciones que prevé el artículo 11 LOFCS con las previstas en el artículo 38 transcrito anteriormente, especialmente en los apartados que se refieren al mantenimiento y restablecimiento del orden y la seguridad ciudadana, así como a la prevención de la comisión de actos delictivos, cuya mención se destierra entre las competencias de los cuerpos autonómicos.

Las comunidades autónomas cuyos Estatutos de Autonomía han previsto la creación de cuerpos de policía propios son, actualmente: el País Vasco, Cataluña, Navarra, Andalucía, Galicia, Valencia, Castilla y León, Illes Balears,

Aragón y Canarias. Veamos algunos de esos cuerpos más arraigados en algunas de las comunidades autónomas.

Por lo que respecta a la Policía Foral de Navarra, se trata de un cuerpo policial relativamente moderno que nació en 1928 con el nombre de Cuerpo de Policía de Carreteras, al que se atribuyeron funciones principalmente relacionadas con el tráfico. En la actualidad se trata de un instituto armado de carácter civil, organizado jerárquicamente y con funciones integrales de seguridad, compuesto por unos 900 agentes. Además de que la propia disposición final tercera LOFCS reconoce de forma expresa a esta policía autonómica, dispone que se regirá por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y por las normas que la desarrollan, especialmente la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra. Los artículos 3 y 9 de esta última norma autonómica regulan la misión y las funciones propias del Cuerpo de Policía Foral de Navarra, respectivamente:

- Proteger y velar por las libertades y derechos de las personas reconocidos por el ordenamiento jurídico.
- Garantizar el mantenimiento de la tranquilidad y seguridad pública, el respeto de la ley y del orden en la sociedad.
- Prevenir y combatir la delincuencia.
- Facilitar la asistencia y servicios a la población.

Dentro de sus funciones, destacan, entre otras: garantizar la seguridad ciudadana y el pacífico ejercicio de los derechos y libertades públicas y la protección de personas y bienes; velar por el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones generales aplicables en las materias de la competencia de la Comunidad Foral, así como de los actos emanados de los órganos institucionales de la Comunidad Foral de Navarra, mediante las actividades de inspección, denuncia y ejecución forzosa; velar por la protección y seguridad de las autoridades de la Comunidad Foral; velar por la protección y seguridad de las personas, edificios e instalaciones dependientes de las instituciones de la Comunidad Foral de Navarra y sus entes instrumentales; garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales cuya competencia corresponda a la Comunidad Foral de Navarra; la ordenación del tráfico dentro del territorio de la Comunidad Foral de Navarra, conforme a los convenios de delimitación de competencias en la materia concluidos con el Estado y vigentes en cada momento, salvo que correspondan legalmente a las Policías Locales; la actuación e inspección en materia de transportes, de conformidad con lo dispuesto en la legislación vi-

gente; y mantener y, en su caso, restablecer el orden y la seguridad ciudadana mediante las intervenciones que sean precisas, y, en particular, vigilar los espacios públicos, proteger y ordenar las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones.

En el País Vasco, los orígenes de su policía se remontan a las antiguas milicias municipales, mientras que en el siglo XIX se instauran los primeros cuerpos policiales profesionales permanentes para frenar un bandolerismo favorecido por las convulsiones sociales y políticas. Con la primera guerra carlista surgen los conocidos «mikeletes» en Vizcaya y Guipúzcoa y los «miñones» en Álava. En 1980 es cuando surge la nueva policía autónoma del País Vasco como tal, la Ertzaintza, después de que el Gobierno vasco restableciese los mikeletes y los miñones mencionados, cuya conjunción dio lugar a la nueva policía autonómica. En la actualidad cuenta con una plantilla de unos 8.000 agentes. Sobre este cuerpo policial, las peculiaridades de aplicación de la LOFCS están recogidas expresamente en la disposición final primera de esa misma norma orgánica.

En Cataluña, las primeras referencias a su policía propia pueden encontrarse en 1719, cuando se fundaron las primeras «Esquadres» el 21 de abril de dicho año. Tras diversos avatares, la aprobación del Estatuto de Autonomía de 1932 supuso un impulso importante a la policía autonómica catalana por cuanto el entonces presidente Francesc Macià decretó que los Mossos d'Esquadra se desplegasen por toda Cataluña, lo que entonces no se pudo hacer realidad. Jurídicamente, la policía de la Generalidad de Cataluña fue creada por una Ley autonómica de 14 de julio de 1983. A partir de 1994, con un acuerdo de la Junta de Seguridad de Cataluña, se procedió al despliegue integral de los Mossos en todo el territorio autonómico, en sustitución de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La misión y funciones de los Mossos están recogidos en la Ley autonómica 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d'Esquadra, así como en la Ley 4/2003, de 7 de abril, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña. Su misión principal es la protección, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, de la libertad y la seguridad de los ciudadanos, entre las que se incluyen la protección de personas y bienes para el mantenimiento del orden público. Por lo que se refiere a las funciones que prevé su normativa, esencialmente son las siguientes: funciones de policía de seguridad ciudadana, funciones de policía administrativa, funciones de policía judicial, funciones de intervención en la resolución amistosa de conflictos privados, funciones de cooperación y colaboración con las entidades locales. Por otra parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a su policía

autonómica (*ex* artículo 164 EAC), en materia de seguridad pública, el control y la vigilancia del tráfico, mientras que el artículo 332 establece que la Generalidad de Cataluña tiene, en su territorio, competencia exclusiva en materia de emergencias y protección civil. El reconocimiento por el legislador estatal de esta policía autonómica así como las peculiaridades del régimen jurídico aplicable están previstas en la disposición final segunda de la LOFCS.

En relación con sus propios cuerpos policiales, las comunidades autónomas ostentan las siguientes competencias:

- La efectiva creación por sus órganos competentes de sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, previo informe del Consejo de Política de Seguridad, así como su modificación y supresión en los casos en que se prevea en los respectivos Estatutos de Autonomía (*ex* artículo 41 LOFCS).
- Determinar su régimen estatutario, siempre que se respeten las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de dichas Administraciones, (*ex* artículo 149.1.18ª CE); las disposiciones generales, los principios básicos de actuación y las disposiciones estatutarias comunes establecidas en los artículos 1 a 8 así como las prescripciones sobre el régimen estatutario de las policías autonómicas, todo ello previsto en la citada norma orgánica; y por lo que dispongan al efecto los propios Estatutos de Autonomía y la legislación de las comunidades autónomas, así como por los Reglamentos específicos de cada cuerpo.
- La policía autonómica sólo pueden actuar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma respectiva, salvo en situaciones de emergencia, previo requerimiento de las autoridades estatales, si bien, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades públicas autonómicas, podrán actuar fuera del ámbito territorial respectivo, previa autorización del Ministerio del Interior y, cuando proceda, comunicación al órgano de gobierno de la comunidad autónoma correspondiente (*ex* artículo 42 LOFCS).
- Designar a los mandos policiales entre jefes, oficiales y mandos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (*ex* artículo 43 LOFCS).
- Establecer las normas de selección, ingreso, promoción y formación de los miembros de la policía autonómica (*ex* artículo 44 LOFCS).

- Constituir una Junta de Seguridad con la misión de coordinar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la policía autonómica, así como resolver las incidencias que pudieran surgir en la colaboración entre ellos (*ex* artículo 50 LOFCS).

► Un segundo grupo lo constituyen aquellas comunidades autónomas cuyos Estatutos de Autonomía también previeron la posibilidad de crear cuerpos policiales pero decidieron no hacerlo, en cuyo caso podrán ejercer ciertas funciones en esta materia, restringidas a la vigilancia y protección de edificios e instalaciones, siempre que soliciten del Gobierno de la Nación, a través del Ministerio del Interior y mediante la suscripción del correspondiente instrumento administrativo de colaboración de carácter específico, la adscripción de unidades del Cuerpo Nacional de Policía para el ejercicio no sólo de dichas funciones, sino también todas aquellas que, con carácter de propias previstas en el artículo 38.1 LOFCS, podría realizar su policía autonómica, en caso de que la tuviesen. Asimismo, habrán de tenerse en cuenta las funciones de coordinación de las policías locales que reconoce a las comunidades autónomas el artículo 39 LOFCS.

► El tercer y último grupo lo constituyen aquellas comunidades autónomas cuyos Estatutos no previeron en ningún momento la creación de cuerpos de policía propios: en este caso, también podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el artículo 148.1.22<sup>a</sup> CE mediante la firma de acuerdos de cooperación específica con el Estado.

Es el momento, por tanto, de recopilar las prescripciones autonómicas que contienen previsiones sobre la creación de policías autonómicas o que no recogen previsión semejante:

- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: el artículo 55 dispone que la Generalitat, mediante una Ley de Les Corts, creará un cuerpo único de la policía autónoma de la Comunitat Valenciana en el marco de su Estatuto y de la Ley Orgánica que determina el artículo 149.1.29.<sup>a</sup> de la Constitución Española. Asimismo, atribuye a la Generalitat, en el marco de la Ley Orgánica a que se refiere el artículo 149.1.29.<sup>a</sup> CE, el mando supremo de la policía autónoma y la coordinación de la actuación de las policías locales de la Comunitat Valenciana, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales. El Estatuto de Autonomía también crea, de acuerdo con la legislación estatal, la Junta de Seguridad que, bajo la Presidencia del President de la Generalitat y con representación paritaria del Estado y de la Generalitat, coordina-

rá las actuaciones de la Policía Autónoma y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia: el artículo 27 atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en relación con la creación de una policía autónoma de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica prevista en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco: el artículo 17 dispone que corresponderá a las instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en el Estatuto, el régimen de la policía autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, quedando reservados en todo caso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario, como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida en territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal al Estado. Asimismo, el mando supremo de la policía autónoma vasca corresponde al Gobierno del País Vasco, sin perjuicio de las competencias que pueden tener las Diputaciones Forales y Corporaciones Locales. La policía judicial y los cuerpos que actúen en estas funciones se organizarán al servicio y bajo la vigilancia de la Administración de Justicia en los términos que dispongan las leyes procesales, si bien, para la coordinación entre la policía autónoma y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado existirá una Junta de Seguridad formada en número igual por representantes del Estado y de la comunidad autónoma. El Estatuto de Autonomía también dispone que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado podrán intervenir en el mantenimiento del orden público en la comunidad autónoma en los siguientes casos: *«a) A requerimiento del Gobierno del País Vasco, cesando la intervención a instancias del mismo. b) Por propia iniciativa, cuando estimen que el interés general del Estado esté gravemente comprometido, siendo necesaria la aprobación de la Junta de Seguridad a que hace referencia el número 4 de este artículo. En supuestos de especial urgencia y para cumplir las funciones que directamente les encomienda la Constitución, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán intervenir bajo la responsabilidad exclusiva del Gobierno, dando éste cuenta a las Cortes Generales. Las Cortes*

*Generales, a través de los procedimientos constitucionales, podrán ejercer las competencias que les corresponda».* El artículo 36 establece que la policía autónoma vasca, en cuanto actúe como policía judicial, estará al servicio y bajo la dependencia de la Administración de Justicia, en los términos que dispongan las leyes procesales.

- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: el artículo 51 dispone que le corresponde a Navarra la regulación del régimen de la policía foral que, bajo el mando supremo de la Diputación Foral, continuará ejerciendo las funciones que hasta entonces ostentaba. Asimismo, se atribuyó a dicha comunidad autónoma la coordinación de las policías locales de Navarra, sin detrimento de su dependencia de las respectivas autoridades municipales o concejiles. El mismo precepto dispone que «*Navarra podrá ampliar los fines y servicios de la Policía Foral, en el marco de lo establecido en la correspondiente Ley Orgánica.*», y se crea una Junta de Seguridad a fin de coordinar la actuación de la Policía Foral y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, formada por un número igual de representantes de la Diputación Foral y del Gobierno de la Nación.
- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia: el artículo 10 le atribuye la competencia exclusiva en relación con la coordinación y demás facultades sobre policías locales, sin perjuicio de su dependencia jerárquica de la autoridad municipal. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Madrid: el artículo 26 atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, en los términos que establezca la Ley Orgánica.
- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja: el artículo 8 atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de coordinación de las policías locales de La Rioja, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la com-

- petencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta: el artículo 21 le atribuye competencias sobre la policía local en los términos que establezca la Ley a que se refiere el artículo 149.1.29ª CE.
  - Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: el artículo 65 dispone que *«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la creación, organización y mando de un cuerpo de policía andaluza que, sin perjuicio de las funciones de los cuerpos de seguridad del Estado, y dentro del marco de la legislación estatal, desempeñe en su integridad las que le sean propias bajo la directa dependencia de la Junta de Andalucía»*. También se atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ordenación general y la coordinación supramunicipal de las policías locales andaluzas, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales. Como órgano de coordinación, el Estatuto prevé la creación de la Junta de Seguridad, con representación paritaria del Gobierno y de la Junta de Andalucía.
  - Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: el artículo 20 le atribuye la coordinación de las policías locales asturianas, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
  - Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León: el artículo 72 dispone que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía, en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica a que se refiere el artículo 149.1.29ª CE. También prevé el Estatuto la creación, mediante ley de Cortes, del cuerpo de policía de Castilla y León, que ejercerá las funciones que dicha ley establezca y de colaboración con las Fuerzas y Cuer-

pos de Seguridad del Estado previstas en la Ley Orgánica reguladora de éstos. La coordinación de la actuación, en el territorio de Castilla y León, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del cuerpo de policía de Castilla y León corresponderá a la Junta de Seguridad, formada por un número igual de representantes del Gobierno y de la Junta de Castilla y León. Por último, dicho precepto atribuye a la comunidad autónoma la coordinación y demás facultades previstas en la Ley Orgánica a que se refiere el artículo 148.1.22ª CE, en relación con las policías locales de Castilla y León.

- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias: el artículo 34 permite a dicha comunidad autónoma crear una policía propia, de acuerdo con lo que se disponga al respecto por la Ley Orgánica prevista en el artículo 149.1.29ª CE, correspondiendo al Gobierno de Canarias el mando superior de la policía autonómica. En ese caso, podrá constituirse una Junta de Seguridad integrada por representantes del Gobierno Central y de la comunidad autónoma con el objeto de coordinar la actuación de la policía autonómica y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el ámbito de Canarias en los términos previstos en la Ley Orgánica a la que se refiere el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla: el artículo 21 dispone que la ciudad de Melilla ejercerá competencias sobre policía local en los términos que establezca la Ley a que se refiere el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura: el artículo 7 le atribuye la competencia exclusiva en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.
- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha: el artículo 31 le atribuye la competencia exclusiva en relación con la coordinación de las policías locales, sin perjuicio de su dependencia jerárquica de la autoridad municipal. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia

y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.

- Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears: el artículo 30 le atribuye la competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 CE, en relación con la coordinación y demás facultades sobre policías locales, en los términos que establezca una ley orgánica.

El artículo 33 de su Estatuto dispone que es competencia de las Illes Balears la creación y la organización de un cuerpo de policía propio en el marco de la legislación estatal, correspondiendo a la comunidad autónoma el mando de dicha policía propia.

- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria: el artículo 24 le atribuye la competencia exclusiva en relación con la coordinación y demás facultades sobre policías locales, sin perjuicio de su dependencia jerárquica de la autoridad municipal. Además, el Estatuto de Autonomía prevé que, para el ejercicio de la competencia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica aludida en el artículo 149.1.29ª CE.

- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón: el artículo 76 dispone que la comunidad autónoma podrá crear una policía autonómica en el marco de su Estatuto y de la ley orgánica correspondiente, correspondiendo a dicha autonomía determinar las funciones de la policía autonómica de Aragón en su ley de creación en el marco de la legislación del Estado. También corresponde a la comunidad autónoma la coordinación de la actuación de las policías locales aragonesas, creándose, en su caso, una Junta de Seguridad. En todo caso, la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía dispone que, hasta que se cree la policía autonómica prevista en el artículo 76, la comunidad autónoma podrá convenir con el Estado la adscripción de una unidad del Cuerpo Nacional de Policía en los términos y para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley Orgánica a que se refiere el artículo 149.1.29ª CE.

- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: el artículo 164 dispone que corresponde a la Gene-

ralitat, en materia de seguridad pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal, la ordenación de las policías locales, la creación y la organización de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, así como el mando supremo de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y la coordinación de la actuación de las policías locales.

Por lo que respecta a la necesaria coordinación entre las fuerzas policiales estatales y las de las comunidades autónomas que dispongan de cuerpos policiales propios, la LOFCS, además de constituir el Consejo de Política de Seguridad, de composición paritaria, establece que, en aquellas comunidades autónomas que dispongan de cuerpos de policía propios, podrá constituirse una Junta de Seguridad, integrada por igual número de representantes del Estado y de las comunidades autónomas, con la misión de coordinar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los cuerpos policiales autonómicos. Por su importancia, es preciso mencionar que esa Junta de Seguridad será el órgano competente para resolver las incidencias que pudieran surgir en la colaboración entre los miembros de los distintos cuerpos policiales, para lo cual es imprescindible que las autoridades competentes de las comunidades autónomas y los Delegados y Subdelegados del Gobierno informen periódicamente a dicha Junta acerca de las deficiencias que se observen en la coordinación, mutuo auxilio e información recíproca entre aquéllos, indicando las medidas oportunas para corregir los problemas suscitados. En general, puede afirmarse que todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los cuerpos de policía de las comunidades autónomas deberán prestarse mutuo auxilio e información recíproca en el ejercicio de sus funciones respectivas (*ex* artículo 45 LOFCS).

### 3.2. COORDINACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES

Por otra parte, en el marco de las competencias de seguridad, la Constitución y varios Estatutos de Autonomía atribuyen a las comunidades autónomas la competencia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, en los términos que establezca una ley orgánica (*ex* artículo 148.1.22<sup>a</sup> CE). Una vez más, es notable el papel que la LOFCS desempeña, por tanto, como bloque de constitucionalidad y como útil instrumento para definir las competencias autonómicas en esta materia, debiendo acudir a ella para explicar esta función que se les otorga en relación con los cuerpos policiales locales.

La meritada ley orgánica, recordando que el Tribunal Constitucional tiene establecido<sup>15</sup> que la coordinación es un concepto que usa la Constitución Española como instrumento para la fijación de medios y sistemas de relación, con objeto de lograr una cierta homogeneidad y hacer posible, en su caso, actuaciones conjuntas y la colaboración mutua, desarrollan generosamente los instrumentos de coordinación a disposición de las instituciones respecto a todas aquellas comunidades autónomas que hayan asumido competencias sobre la materia.

En consecuencia con el bloque de constitucionalidad, es preciso acudir a la LOFCS, cuyo artículo 39 determina que corresponde a las comunidades autónomas, de conformidad con dicha norma orgánica y con la Ley de Bases de Régimen Local, coordinar la actuación de las policías locales en el ámbito territorial de la comunidad, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

*«a) Establecimiento de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los Reglamentos de Policías Locales, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en la de Bases de Régimen Local.*

*b) Establecer o propiciar, según los casos, la homogeneización de los distintos Cuerpos de Policías Locales, en materia de medios técnicos para aumentar la eficacia y colaboración de éstos, de uniformes y de retribuciones.*

*c) Fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías Locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a Graduado Escolar.*

*d) Coordinar la formación profesional de las Policías Locales, mediante la creación de Escuelas de Formación de Mandos y de Formación Básica.»*

### 3.3. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Si bien puede afirmarse que las comunidades autónomas son las titulares de la competencia sobre espectáculos públicos, submateria que afecta, indudablemente, a la regulación de la seguridad de los mismos, entre otros muchos ámbitos, la doctrina constitucional<sup>16</sup> ha entendido que ello no impide que la Administración General del Estado no pueda regular la materia de seguridad pública en este tipo de espectáculos. De hecho, el título de espectáculos públicos no aparece dentro de las competencias que pueden asumir expresamente el Estado o las comunidades autónomas de conformidad con los artículos 148 y 149 CE. Ahora bien, el Estado aprobó su propia normativa sobre la materia al regular en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC), que todos los

espectáculos y actividades creativas de carácter público quedan sujetos a las medidas de policía administrativa que dicte el Gobierno de la Nación, en atención a ciertos fines (*ex* artículo 8 LOPSC). En desarrollo de dicho precepto sigue vigente en la actualidad el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se regula el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, norma que ha experimentado dos importantes modificaciones en los años 2006 y 2007. Dicha disposición reglamentaria regula los aspectos jurídicos y generales de los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos públicos en general, sin perjuicio de los reglamentos técnicos especiales que se aprueben para cada categoría de espectáculo concreto.

Considerando que muchos de los aspectos que ha regulado el Estado en esta materia afectan a otros ámbitos en el que las comunidades autónomas ostentan competencias, cada una de ellas ha aprobado su normativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas con un contenido similar al del Estado, pero adaptado a sus peculiaridades sociales, económicas y culturales.

### 3.4. PROTECCIÓN CIVIL

La doctrina ha ofrecido un concepto amplio de protección civil entendiéndose que se trata de la protección física de las personas y de los bienes, en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente. Es obvio, por tanto, su relación directa con las políticas de seguridad pública que se estudian en este trabajo, razón por la cual merece la pena detenerse brevemente para realizar una reflexión sobre el marco jurídico-constitucional que ampara esta materia y las competencias que corresponden a cada ente público territorial.

La Constitución Española ofrece algunas pistas en relación con esta materia, aunque de forma un tanto difusa y sin hacer una referencia explícita al servicio de protección civil. Así, el artículo 30.4 dispone que «*Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.*». Este es el precepto constitucional más directamente invocable en esta materia, si bien la exposición de motivos de la propia Ley 21/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, arguye como aplicables la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física (*ex* artículo 15 CE), los principios de unidad nacional y solidaridad territorial (*ex* artículo 2

CE) y las exigencias de eficacia y coordinación administrativa derivadas del artículo 103 CE.

Se trata de una materia en la que se produce una auténtica concurrencia de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, incluso las entidades locales asumen funciones de cierta relevancia, lo que ha hecho que sea considerada como una competencia, al igual que la genérica de seguridad pública, compartida. De conformidad con la exposición de motivos de la Ley 21/1985, *«la magnitud y trascendencia de los valores que están en juego en las situaciones de emergencia exige poner a contribución los recursos humanos y materiales pertenecientes a todas las Administraciones Públicas, a todas las organizaciones y empresas, e incluso a los particulares, a los que, por tal razón, mediante Ley, con arreglo al artículo 30.4 de la Constitución, podrán imponérseles deberes para hacer frente a los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, auténticos presupuestos de hecho de la Protección Civil.»*. En todo caso, teniendo en cuenta que la reacción frente a situaciones de crisis o calamidades públicas exige la coordinación de múltiples recursos de multitud de actores, parece razonable pensar que la organización de la protección civil corresponde primeramente a la Administración General del Estado a través de técnicas de planificación y de coordinación a nivel superior de todos los servicios públicos relacionados con la emergencia a afrontar, lo que suele implicar el establecimiento de una estructura operativa con un mando único, sin perjuicio de las competencias que la ley prevé a favor de otras Administraciones Públicas.

En consecuencia con lo anterior, el artículo 1.2 de la Ley 21/1985 define la protección civil como un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria.

En líneas generales puede decirse que la competencia sobre esta materia depende de la naturaleza de la situación de emergencia o calamidad pública producida, su ámbito territorial y los recursos y servicios que sea preciso movilizar. En lo que respecta a la determinación de las líneas de actuación en las situaciones de emergencia, corresponde al Gobierno de la Nación la aprobación de una norma básica de protección civil que contenga las directrices esenciales para la elaboración de los planes territoriales –de comunidad autónoma, provinciales y supramunicipales, insulares y municipales– y de los planes especiales, por sectores de actividad, tipos de emergencia o actividades concretas. El Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil, también será el competente para apro-

bar los planes especiales de ámbito estatal o que afecten a varias comunidades autónomas. Asimismo, la ley citada reconoce al Gobierno de la Nación como el órgano superior de dirección y coordinación de la protección civil, correspondiendo al Ministro del Interior la superior autoridad en esta materia.

A las comunidades autónomas corresponde la aprobación de los planes autonómicos de protección civil, que han de ser homologados por la Comisión Nacional de Protección Civil. Si bien inicialmente la Ley 21/1985 establecía que dicha competencia correspondía a los respectivos Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, un posterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional entendió<sup>17</sup> que esa previsión sólo era de aplicación supletoria en las comunidades autónomas, en defecto de norma autonómica. También corresponde a las comunidades autónomas (a su Consejo de Gobierno) la aprobación de los planes especiales de protección civil cuyo ámbito territorial de aplicación no exceda del de su territorio, previo informe de la Comisión de Protección Civil de la comunidad autónoma correspondiente, y previamente homologados por la Comisión Nacional de Protección Civil.

En líneas generales podría decirse que la competencia en materia de protección civil corresponde a las comunidades autónomas, si bien algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha aclarado<sup>18</sup> que esa competencia autonómica presenta ciertos límites derivados de la existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que puede verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia, o por la necesidad de coordinar todas las Administraciones Públicas implicadas debido al alcance de la situación de crisis (que afecta a varias comunidades autónomas) o por sus dimensiones, que puede requerir que el Gobierno de la Nación asuma la dirección nacional de todas las Administraciones y una aportación de recursos extraordinarios. Asimismo, el Alto Tribunal estima que las competencias autonómicas están limitadas por la política y competencia estatal en materia de seguridad pública (*ex* artículo 149.1,29ª CE) por cuanto tal seguridad presenta una dimensión nacional por la importancia de la emergencia o por la necesidad de una coordinación que haga posible prevenir y, en su caso, reducir los efectos de posibles catástrofes y emergencias de alcance supraautonómico.

#### **4. COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA**

La Constitución no codifica referencia alguna sobre las competencias de los municipios y provincias en relación con la seguridad pública, salvo aque-

lla mención que el artículo 148.1.22ª CE recoge sobre las policías locales, cuya coordinación y demás facultades se atribuyen a las comunidades autónomas en los términos que establezca la LOFCS, aspecto ya comentado en un apartado anterior de este estudio. En cualquier caso, numerosos preceptos de la legislación vigente sobre régimen local atribuyen ciertas funciones o competencias a las entidades locales que afectan a esta materia. Así, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), dispone que los municipios ejercerán, en todo caso (por lo tanto, con independencia de su población) competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:

- Seguridad en lugares públicos, para lo que habrá que remitirse a los artículos 51 a 54 LOFCS, como se detallará a continuación.
- Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, para lo cual se modificó el artículo 53 LOFCS para permitir la creación de cuerpos de funcionarios para la ordenación del tráfico.
- Protección civil, prevención y extinción de incendios.
- Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.
- Protección del medio ambiente.
- Protección de la salubridad pública.

Por lo que respecta a la policía local, es importante destacar que, en la práctica, actúa más como policía administrativa que como policía de seguridad, aún siendo el segundo cuerpo policial en importancia numérica, después de la Guardia Civil. El personal de las policías municipales gozará (*ex* disposición final tercera LRBRL) de un Estatuto específico, aprobado reglamentariamente, teniendo en cuenta al respecto la LOFCS. Además, el artículo 173 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local dispone que la policía local ejercerá sus funciones de acuerdo con lo previsto en el título V la LOFCS.

La LOFCS, reconociendo las competencias locales, admite distintas modalidades de ejecución de las mismas, desde la creación de cuerpos de policía propios por parte de las corporaciones locales, hasta la utilización de personal auxiliar de custodia y vigilancia. Así, en lo que se refiere a las funciones que se reconocen a dichas corporaciones, la norma orgánica permite cierta participación de las mismas en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, si bien evitando en todo momento duplicidades y concurrencias innecesarias, en función de las características propias de los cuerpos de policía local y

de la actividad que tradicionalmente vienen realizando. La disposición adicional décima de la LRBRL (introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local) dispone que, en el marco de lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y en las disposiciones legales reguladoras del régimen local, se potenciará la participación de los cuerpos de policía local en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación.

Es importante mencionar que, cuando dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma comunidad autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en la LOFCS. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los cuerpos de policía local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de éste o, en su caso, de la comunidad autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía (*ex* disposición adicional quinta LOFCS, añadida por la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre).

El título V LOFCS, artículos 51 a 54, establece el régimen jurídico básico de las policías locales, de modo que se permite que las entidades locales creen cuerpos de policía propios, de acuerdo con lo previsto en la LRBRL y en la legislación autonómica correspondiente. La norma mantiene la especialidad, para aquellos municipios donde no exista policía municipal, los cometidos que venían desempeñando el personal con funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones (los denominados guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos). La policía local o el personal mencionado anteriormente sólo puede actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes, si bien, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la comunidad autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha comunidad autónoma.

La propia LOFCS define los cuerpos de policía local como institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales previstos en la propia norma orgánica, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas por las comunidades autónomas y los Reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos.

Las funciones que reconoce la LOFCS a los cuerpos de policía local son las siguientes (*ex* artículo 53 LOFCS):

*«a) Proteger a las autoridades de las Corporaciones locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones.*

*b) Ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.*

*c) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.*

*d) Policía administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.*

*e) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.*

*f) La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de protección civil.*

*g) Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad.*

*h) Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la policía de las comunidades autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.*

*i) Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.*

*2. Las actuaciones que practiquen los Cuerpos de Policía Local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c) y g) precedentes deberán ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes.*

*3. En los municipios de gran población podrán crearse, por el pleno de la Corporación, cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas*

*funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos cuerpos de policía local.»*

Por último, la LOFCS dispone que, en los municipios que tengan cuerpos de policía propios, podrá constituirse una Junta Local de Seguridad, presidida por el Alcalde, que será el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su ámbito territorial.

En materia de protección civil, y de conformidad con la Ley 21/1985, de 21 de enero, corresponde a los órganos competentes de las entidades locales aprobar los planes municipales de protección civil, integrándose, en su caso, en los planes supramunicipales, insulares o provinciales, y debiendo ser homologados por la Comisión de Protección Civil de la comunidad autónoma respectiva. Dichos planes municipales también se integrarán en los planes de protección civil de la comunidad autónoma. Asimismo, debe recordarse la función que el artículo 53.1 f) LOFCS atribuye a los cuerpos de policía local en materia de protección civil, como es «*la prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las leyes, en la ejecución de los planes de protección civil.*».

## Referencias

- <sup>1</sup> Este artículo fue recibido por el Consejo editorial con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.
- <sup>2</sup> Son miembros de Schengen: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza.
- <sup>3</sup> Unidad creada en febrero de 2002 como órgano de la UE con personalidad jurídica propia, formada por un miembro nacional destacado por cada Estado miembro que ostente la condición de juez, fiscal o funcionario de policía con competencias equivalentes, y cuyos objetivos son mejorar la coordinación de las autoridades nacionales competentes, de las investigaciones y de las actuaciones judiciales, mejorar la cooperación judicial facilitando la ejecución de la asistencia judicial internacional y de las solicitudes de extradición, apoyando a las autoridades competentes de los Estados miembros para dar mayor eficacia a sus investigaciones y actuaciones, y prestando apoyo a esas investigaciones, a petición de una autoridad competente.
- <sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 33/1982, de 8 de junio.
- <sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 104/1989, de 8 de junio.

- <sup>6</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional número 104/1989, de 8 de junio, y número 154/2005, de 9 de junio.
- <sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 104/1989, de 8 de junio.
- <sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 49/1993, de 11 de febrero.
- <sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 31/1985, de 5 de marzo.
- <sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 194/1989, de 16 de noviembre.
- <sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/2005, de 9 de junio.
- <sup>12</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional número 32/1993, de 1 de febrero, y número 81/1993, de 8 de marzo.
- <sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/1982, de 23 de marzo.
- <sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 18/1982, de 4 de mayo.
- <sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 32/1983, de 28 de abril.
- <sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 148/2000, de 1 de junio.
- <sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 133/1990, de 19 de junio.
- <sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 133/1990, de 19 de junio.

# LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA COMO MEDIDA QUE LIMITA SU DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

MANUEL PÁEZ MÉNDEZ

Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía

1. INTRODUCCIÓN. 2. DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS LÍMITES. 2.1. Referencia a la normativa comunitaria. 2.2. Referencia al derecho nacional. 3. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO O SEGURIDAD PÚBLICA QUE LIMITAN EL DERECHO O LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA? 3.1. El concepto de orden público según la doctrina. 3.2. El concepto de orden público según la jurisprudencia. 3.3. Corolario de las consideraciones expuestas. 4. DE LA EXPULSIÓN. DE LA PROHIBICIÓN DE LA ENTRADA Y DE LA INTERRUPCIÓN DE LA RESIDENCIA. 4.1. La interrupción de la residencia. 4.2. La prohibición de entrada. 4.3. La expulsión. 5. LA EXPULSIÓN. CIRCUNSTANCIAS A TENER EN CUENTA. CASUÍSTICA O SUPUESTOS CONCRETOS QUE, EN PRINCIPIO, PODRÁN MOTIVAR LA EXPULSIÓN. 5.1. De carácter positivo. 5.2. De carácter negativo. 5.3. Casuística. 6. DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA ACORDAR LA EXPULSIÓN. 6.1. Clases de procedimientos. 6.2. Particularidades de los procedimientos de expulsión tramitados en aplicación del régimen comunitario respecto de los seguidos por el régimen general de extranjería. 6.3. Tramites comunes a los dos procedimientos. 6.4. Del procedimiento preferente o urgente. 6.5. Características especiales del procedimiento ordinario de expulsión. 6.6. La resolución.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad dar una visión diferente, dentro del máximo respeto a las exigencias legales, de las variadas situaciones en que pueden hallarse en nuestro territorio los ciudadanos comunitarios o familiares de los mismos, nacionales de terceros países, beneficiarios de este derecho comunitario, y que realizando diferentes hechos u observando distintas conductas o, inclu-

sive, realizando los mismos hechos o comportamientos, –y esta es la visión diferente que hasta la fecha se ha tenido– puedan, en unos casos no ser motivo suficiente y, en cambio, en otros, ser causa suficiente para, conforme la normativa vigente, adoptar las medidas limitativas de la expulsión y prohibición de entrada en España.

A este análisis final se ha llegado teniendo en cuenta, tras un abordaje y análisis exhaustivo de los siguientes particulares.

## ABSTRACT

This paper, in accordance with the legal requirements, offers a different perspective over the multiple situations of EU citizens and their family members who are third countries nationals entitled to the community right of residence within our territory. We will focus on the differences as regards the implementation of restraining orders implying the expulsion or prohibition of entrance in Spain in the case of different or even identical behaviours.

*Palabras clave:* Derecho de libre circulación y residencia, Orden público, Seguridad pública.

*Key words:* Right to the Freedom of Movement and Residence, Public Order, Public Security.

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de movimiento y de circulación de todas las personas que se hallen dentro del territorio formado por el de todos los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, así como el de otros terceros países con los que, bien la Comunidad Europea, –caso de la Confederación Suiza–, o bien, alguno o algunos Estados miembros, –caso de España y Francia con el Principado de Andorra–, han suscrito Acuerdos sobre libre circulación, no ofrece ninguna duda en cuanto a las condiciones o requisitos que han de cumplirse por todos los ciudadanos beneficiados de ese derecho.

Los diferentes estamentos administrativos que inciden o se mueven en la materialización y aplicación efectiva del expresado derecho tienen, como elemento diferenciador entre todos esos ciudadanos, el referido a la nacionalidad. Así, encontramos: por un lado, los nacionales de cualquiera de esos

Estados; se denominan ciudadanos comunitarios o de Estados asociados, y tienen «por derecho» no sólo ese derecho de ambulatorio, sino, igualmente, el de residencia en cualquier parte de ese vasto territorio. Por otra parte, encontramos el resto, es decir, los no nacionales de un Estado miembro o asociado, los que se denominan, nacionales de terceros países, quienes, por la supresión de controles fronterizos dentro de ese espacio europeo de libertad, se benefician «de hecho» de ese derecho; derecho éste que, a diferencia del de los comunitarios, no sólo es limitado, tanto en el tiempo como, también, en el espacio o territorio, sino que, además, va unido o puede irlo exigiéndose el cumplimiento de otros requisitos.

Esa dual diferencia de personas no es exacta ya que, dentro de la primera, –los nacionales comunitarios–, también se integran y, por ende, se benefician de los derechos de ellos los que, aún siendo nacionales de terceros países, mantengan con aquellos un vínculo familiar consistente en: ser su cónyuge o pareja de hecho registrada en un registro estatal; ser sus descendientes o los de su cónyuge; o ser sus ascendientes o los de su cónyuge. Estos son los que se denominan «nacionales de terceros países beneficiarios del derecho comunitario».

Si lo anterior no ofrece actualmente ninguna duda sobre la aplicación o materialización de esos derechos ejercitados por los que hemos denominado ciudadanos comunitarios y sus familiares beneficiarios de ese régimen, no ocurre lo mismo con la posibilidad de que puedan ser adoptadas determinadas medidas que restrinjan ese «derecho» circulatorio y de establecimiento.

En efecto, esa libertad de movimientos no es absoluta cuando el ciudadano pretende asentarse, entrar o permanecer en un Estado miembro distinto de aquel al que por su nacionalidad pertenece. En este sentido encontramos otra dualidad, no de personas, aún cuando así se produzca, sino de derechos. De un lado, el derecho de la persona, individual o físicamente considerada, a desplazarse y de residir en todo el espacio europeo, tal como se ha indicado. De otro, la reserva de cada uno de los Estados parte, de la cual quedan excluidos sus propios nacionales, y que consiste en la pervivencia de su derecho soberano a restringir aquella libertad de los ciudadanos comunitarios. Derecho estatal que, no obstante, ha de venir motivado por determinadas causas. Causas éstas que, tanto normativa, como jurisprudencialmente, –ya sea del propio Tribunal de Justicia de la U.E., como de los diferentes Tribunales de los distintos Estados parte–, se han concretado aún cuando se trate de conceptos indeterminados.

Las medidas, por lo demás, comunes en los distintos Estados parte, que pueden adoptar consisten en: impedir o denegar la entrada en su propio territorio; denegar la inscripción o expedición de documentos acreditativos de ser residente; ordenar la expulsión o devolución de su territorio; y, acordar la prohibición de entrada.

Las causas que han de concurrir para adoptar alguna de las expresadas medidas han de estar sustentadas en razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

## 2. DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS LÍMITES

La exposición anterior requiere hacer unas referencias, aunque sean mínimas, a las diferentes normas que contemplan ese derecho y las limitaciones que pueden adoptarse respecto del mismo. En este sentido debe hacerse:

### 2.1. REFERENCIA A LA NORMATIVA COMUNITARIA

Como es sabido, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión y en diversas Directivas del Parlamento Europeo y el Consejo, en especial las Directivas, núm. 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, *para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de Desplazamientos y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública*; la núm. 2004/38, de 29 de abril de 2004, la que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estado miembros de la Unión Europea y de otras Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, todos los ciudadanos nacionales de los Estados parte tienen reconocido el derecho a la libertad de circulación, *–entrar y salir–*, así como al de establecerse, *–derecho a residir y, en general, a trabajar–*, en cualquier Estado que no sea aquel del que es nacional.

No obstante, este derecho no es omnímodo, habiéndose colocado por encima del mismo, tal como así se recoge en el propio Tratado de la Unión, el derecho de los propios Estados miembros de poder denegar la entrada, la residencia o, inclusive, el de poder expulsar de su territorio a los nacionales

de los demás Estados cuando concurren razones, bien de orden público, bien de seguridad pública o bien de salud pública que lo justifiquen.

En efecto, sobre el aludido derecho del individuo, se erige el del Estado. Ha de recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando, reiterada y constantemente, que las reservas contenidas en el Tratado constitutivo de la UE, (artículo 46 CE), permiten a los Estados miembros, con respecto a nacionales de los demás Estados parte, cuando concurren razones de orden público, adoptar ciertas medidas que no pueden aplicar a sus propios nacionales, como pueden ser la expulsión o la denegación de entrada.

## 2.2. REFERENCIA AL DERECHO NACIONAL

Como se ha indicado en el apartado anterior la norma elaborada por los órganos españoles, en desarrollo o trasposición de la Directiva 2004/38, es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, dentro de la cual encontramos un Capítulo, el VI, integrado por los artículos 15 a 18, en el cual se abordan *las limitaciones a esa libertad por razones de orden público, seguridad pública y salud pública*. Del contenido de ese capítulo conviene tener en cuenta lo siguiente:

### 2.2.1. Las personas sobre las que se pueden adoptar esas limitaciones son:

- *Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o nacionales suizos o andorranos.*
- *Los miembros de su familia, nacionales de terceros países que sean: su cónyuge o pareja inscrita en registro estatal; sus ascendientes, propios o del cónyuge, que vivan a sus expensas y, sus descendientes propios o del cónyuge, menores de 21 años o mayores que vivan a sus expensas e incapaces.*

En definitiva, los destinatarios de estas limitaciones son los referidos en el artículo 2 del Real Decreto.

## 2.2.2. Las medidas que pueden ser acordadas cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública son:

- a) *Impedir la entrada en España...*
- b) *Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente Real Decreto.*
- c) *Ordenar la expulsión, –con el efecto de interrumpir la continuidad de la residencia, cuando se ejecute aquella–, o devolución del territorio español.*
- d) *Acordar la prohibición de entrada en España.*

Es llamativo el hecho de que en este artículo 15 se contengan, en su apartado 1, las medidas enunciadas en las tres primeras letras, –excepto la interrupción de la residencia–, y, en cambio, la de prohibición de entrada se aborde en el 2, dedicándose el punto 3 a la interrupción de la residencia. Sobre esta dos últimas medidas procede indicar:

*A) En lo que hace a la interrupción de la residencia, ésta se configura como un efecto inherente no a toda resolución que acuerde la expulsión, sino a aquellas resoluciones de expulsión una vez que esta es ejecutada, tal como se infiere de la dicción legal: «La continuidad de la residencia ... se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el Interesado.». Ello, impone que en toda resolución que se dicte se haya de contener una referencia específica y clara a que, desde el momento en que la misma se ejecute, se producirá la interrupción de la residencia en España.*

*B) Respecto a la prohibición de entrada, ésta, por su novedad, requiere mayores comentarios.*

Sobre la prohibición de entrada, encontramos una Sentencia, la del TSJ del País Vasco, Sala Cont-Adtvo., Sec. 3ª, de 6 feb. 2004, recurso nº 109/2004, Ponente: Ibarra Robles, Juan Luis (EDJ 2004/29564), bastante llamativa pues al examinar la Sala el ajuste legal de una resolución de 4 de mayo de 2002 que acordaba la expulsión de un nacional portugués con prohibición de entrada en territorio español por un período de 10 años, acordó, mantener la resolución de expulsión si bien anulaba los años de prohibición de entrada por infringir el artículo 15 del R.D. 766/1992, de 26 de junio, al no adecuarse formalmente al tipo (impedir la entrada en España), previsto en el apartado a) del precepto, lo que llevó a calificarla jurídicamente de inválida, por adoptarse de forma netamente arbitraria (artículo 9.3 de la Constitución).

Aquel Real Decreto de comunitarios de 1992 vino en ser sustituido por el anterior al vigente, el publicado como R.D. 178/2003, de 14 de febrero, el cual, sobre este asunto no introdujo ninguna novedad manteniendo la misma redacción que el que derogaba. Actualmente, como hemos dicho, el vigente aborda la prohibición de entrada en un apartado diferente a la expulsión, por lo que han de entenderse como medidas diferentes. Así se desprende de la lectura del primer párrafo del apartado 5, cuando dice: «*La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a ...*». Es decir, puede adoptarse una expulsión sin prohibición de entrada (lo que resultaría totalmente ineficaz); puede acordarse una prohibición de entrada sin expulsión y, también puede emitirse una expulsión y una prohibición de entrada en un mismo procedimiento.

A la vista de lo expuesto puede decirse que la prohibición de entrada puede ser adoptada en dos procedimientos diferentes:

Uno, específicamente instruido para que culmine con resolución que acuerde prohibir la entrada en España al ciudadano de que se trate, lo que implica o ha de entenderse que procede cuando el ciudadano comunitario o el beneficiario de este régimen, directamente afectado, se encuentra fuera de nuestro territorio nacional, pero que, no obstante, existe alguna de las tres razones citadas para prohibirle de forma expresa la entrada o la venida a España.

Y, el otro, el consistente en un procedimiento seguido con el fin de acordar la expulsión, lo que impone que el afectado se halla en nuestro país, y en el cual, además, desde el inicio o desde las primeras actuaciones se contenga expresamente que, se prosigue para disponer la expulsión así como para acordar la prohibición de entrada en España.

Obviamente, –al igual que ocurriría con la tramitación de un procedimiento seguido únicamente para acordar solamente la expulsión–, un procedimiento que culmine con la expulsión y con la prohibición de entrada en nuestro país, si ésta no va cuantificada con años o con un tiempo durante el cual no pueda regresar a España el expulsado, resultaría, además de suponer un coste administrativo, totalmente ineficaz y no ajustada a ese principio previsto en el artículo 103 de la Constitución, por lo cual, toda expulsión debe ir acompañada de una prohibición de entrada por x tiempo. El período concreto se tomará del previsto en la legislación general de extranjería, (*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, conforme las modificaciones que han introducido las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003*), es decir de 3 a 10

años, –*vid. artículo 58.1*–, si bien nada impide que pueda imponerse un plazo inferior a los tres años, tal como se prevé en ese régimen general para la devolución, –*artículo 58.6, in fine*–.

Sobre el plazo, en el referido apartado 2 de este artículo 15, leemos: «*Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España, podrán presentar, en un plazo **no inferior a dos años desde dicha prohibición**, una solicitud de levantamiento de la misma, previa alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España ...*», lo que implica que toda prohibición debe llevar un plazo de no poder regresar a nuestro país, e igualmente que el plazo de prohibición será, cuanto menos, de dos años. No obstante, ha de entenderse que pueden imponerse prohibiciones de entrada durante uno, dos, tres o más años. Hemos de recordar que con la expulsión y la prohibición de entrada se afecta a un derecho establecido en el Tratado de la Unión, como es el de la libertad de circulación, lo que ha de entenderse en sentido restrictivo o, cuanto menos, en sentido menos perjudicial para el afectado sin que ello implique merma alguna, ni de la eficacia de la medida, ni del principio de proporcionalidad de esa privación de acceso a nuestro país.

En suma, puede concluirse que todo procedimiento seguido para acordar la expulsión debe llevar consigo o pareja, como medida inseparable de la misma, la prohibición de entrada en España por el espacio de tiempo que resulte proporcional a cada supuesto individualmente considerado.

### **2.2.3. Sólo podrá acordarse la expulsión de un nacional de un Estado parte que lleve 10 años residiendo en España, cuando existan motivos imperiosos de seguridad pública**

Esa limitación se contiene en el apartado 6, letra a). Su aplicación, atendiendo a una interpretación literal, requiere hallarse frente a cada supuesto concreto para determinar cuando existe ese motivo imperioso de seguridad pública, y sólo de seguridad pública, quedando excluido, aún cuando exista un motivo considerado imperioso, pero que afecte solamente al orden público.

Se ha de recordar que el concepto de orden público es más amplio que el de seguridad pública ya que aquél puede verse afectado o engloba aquellas conductas o acontecimientos como pueden ser calamidades, catástrofes o causas de salubridad pública.

Entre las acepciones, encontramos que el término «imperioso» equivale a «*necesario, urgente, tarea, necesidad imperiosa*», según se contienen en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, o, «*imperativo*», tal como se recoge en el punto 24 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que fue la traspuesta al ordenamiento nacional a través del R.D. 240/2007.

### **3. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO O SEGURIDAD PÚBLICA QUE LIMITAN EL DERECHO O LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA?**

La adopción de alguna de las medidas limitativas por razones de orden público o de seguridad pública, deberá estar fundada exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. Igualmente se establece que la mera existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para considerar que existe una amenaza grave para la sociedad y adoptar dichas medidas. Así se lee en el apartado 5, letra d) del artículo 15 del R.D. 240/2007.

La noción de orden público está sujeta a diferentes y distintas interpretaciones. Según se sigan criterios doctrinales o criterios jurisprudenciales, así nos encontraremos con versiones distintas y, en aquello que pueda considerarse como coincidente, su examen o estudio minucioso nos demuestra que las coincidencias son escasas. En suma, aún no siendo pacífica la definición de este concepto, abordaremos seguidamente las distintas conceptualizaciones que, a la postre, nos servirán para tener un criterio más definido.

#### **3.1. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO SEGÚN LA DOCTRINA**

Siguiendo a F.M.V. (Editorial El Derecho, EDI 3356/6689) el orden público es:

En el ámbito del Derecho privado, el orden público es un referente de valores de la comunidad política que tiene trascendencia jurídica en la medi-

da en que se le concede la virtualidad de limitar la autonomía privada o autonomía de la voluntad de los operadores jurídicos, de tal suerte que el artículo 1255 del Código Civil permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

En el ámbito del Derecho Público, en cambio, el orden público nace en el contexto de la Monarquía Absoluta como una cláusula general de habilitación de la actuación administrativa restrictiva de derechos de los súbditos, de tal manera que la invocación del orden público se convierte en un título de intervención, en virtud del cual, la autoridad administrativa puede limitar o restringir la esfera privada de los ciudadanos, so pretexto de preservar la tranquilidad y la paz social. El orden público aparece así como un título administrativo para el ejercicio de la actividad de policía, entendiendo la doctrina que el concepto se descompone en una triple dimensión: seguridad, salubridad y tranquilidad públicas.

En el Estado constitucional contemporáneo, la noción de orden público ha perdido su connotación inicialmente ligada a la defensa de una indeterminada paz social y se ha ligado directamente a la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Por otra parte, el orden público ha perdido también su virtualidad como título genérico de intervención, de tal suerte que todas las actuaciones administrativas susceptibles de producir la restricción de derechos de los administrados deben someterse al principio de legalidad, que no cabe excepcionar a través de una genérica invocación del orden público.

Desde esta perspectiva, el orden público presenta diferentes dimensiones de tutela que van desde la protección de la seguridad ciudadana, encomendada por el artículo 104.1 CE a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y que se concibe como un concepto más limitado que el de orden público (STC 33/1982), hasta la salud pública (artículo 43 CE) o el orden público económico.

### 3.2. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Dada la indeterminación de los conceptos orden público y seguridad pública se entiende preciso traer al presente el criterio que al respecto ha emitido la jurisprudencia, tanto la nacional como la del Tribunal de Justicia europeo. Así, aludiendo separadamente a ambas encontramos:

### 3.2.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea

Diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han sentado jurisprudencia, entre las que se encuentran las Sentencias: 04.12.74-Van Duyn; 18.05.82-Adoui y Cornuaille; 17.06.97-Shingara y Radiom; 19.01.94-Calfa y del caso Bouchereau, de 27.10.1977, han establecido el concepto de orden público. Dicha jurisprudencia admite sólo la expulsión, en atención al comportamiento personal, que suponga un peligro actual y grave para el orden público.

Conviene indicar que el artículo 3 de la Directiva 64/221, antes citada, dispone: *«1. Las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. 2. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.»*

- En el «caso de la Sra. Calfa», Sentencia del TJ (CE) Pleno, de 19.1.1999, nº C-348-1996 (Editorial El Derecho EDJ 1999/16), dicho Tribunal estableció en diversos apartados la siguiente doctrina:

*«20: Efectivamente, el artículo 56 del Tratado permite a los Estados miembros adoptar, con respecto a los nacionales de otros Estados miembros, especialmente, por razones de orden público medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales, en el sentido de que no pueden expulsar a éstos del territorio ni prohibirles el acceso a él.*

*21. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de orden público puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.*

*22. Sobre este particular, hay que destacar que un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, con el fin de salvaguardar el orden público.*

*23. Sin embargo hay que recordar que la excepción de orden público, como toda excepción a un principio fundamental del Tratado, debe ser interpretada de forma restrictiva.*

*24. A este respecto,» ... El artículo 3 de esta Directiva prevé que las medidas de orden público o de seguridad pública que tengan por efecto restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro deberán fun-*

*damentarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo. Además, la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. De ello resulta que la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (sentencia Bouchereau, 30/77, de 27 octubre 1977, Rec. P. 1999, apartado 38).»*

- Sentencia del TJ (CE), Sala Tercera, de 7.6.2007, Asunto nº C-50/06. (Comisión de las Comunidades Europeas, contra Reino de los Países Bajos, **sobre** «Incumplimiento de Estado – Ciudadanía de la Unión – Libre circulación de los nacionales de los Estados miembros – Directiva 64/221/CEE – Orden público – Legislación nacional en materia de expulsión – Condena penal – Expulsión»).

*«5. A tenor del artículo 3, apartados 1 y 2, de esta Directiva, (la Directiva 64/221): «1. Las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas exclusivamente en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen. 2. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.*

*29. La Comisión sostiene que cualquier ciudadano de la Unión debe poder alegar las garantías materiales y procesales previstas en la Directiva 64/221, sea cual fuere su situación en materia de derecho de residencia. En virtud del artículo 3 de la citada Directiva, la expulsión de un ciudadano de la Unión por razones de orden público deberá fundarse en el comportamiento personal de éste y no podrá estar motivada por la mera existencia de condenas penales. Conforme a una reiterada jurisprudencia, los Estados miembros podrán expulsar a los nacionales de otros Estados miembros por dichas razones tan sólo cuando el interesado suponga una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad de que se trate.*

*32. Debe recordarse, en primer lugar, que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartados 30 y 31, así como de 15 de marzo de 2005, Bidar, C-209/03, Rec. p. I-2119, apartado 31). En virtud del artículo 18 CE, apartado 1, cualquier ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Un nacional de un Estado miembro que no disfrute, en el Estado de acogida, de un derecho de residencia en virtud de otras disposiciones del Tratado o de disposiciones adoptadas para su aplicación podrá, por su mera condición de ciudadano de la Unión, disfrutar allí de un de-*

*recho de residencia en aplicación directa de este artículo (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartado 84, y de 7 de septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, apartado 31).*

*34. Entre las limitaciones y condiciones previstas o autorizadas por el Derecho comunitario, la Directiva 64/221 permite a los Estados miembros expulsar a los nacionales de los demás Estados miembros de su territorio por razones de orden público o de seguridad pública, respetando las garantías materiales y procesales previstas en dicha Directiva y en los principios generales del Derecho comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de julio de 2002, MRAX, C-459/99, Rec. p. I-6591, apartados 61 y 62, así como de 31 de enero de 2006, Comisión/España, C-503/03, Rec. p. I-1097, apartados 43 y 44).*

*38. A continuación, por lo que atañe a la alegada relación sistemática y automática que la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros permite establecer, en lo que se refiere a los ciudadanos de la Unión, entre, por un lado, una condena penal y, por otro lado, una medida de expulsión del territorio, procede señalar que, en virtud del artículo 67 de la Ley sobre los extranjeros, en relación con el artículo 1, letra m), de esta misma Ley, un extranjero, es decir, cualquier persona que no tenga la nacionalidad neerlandesa, podrá ser declarada non grata por las autoridades neerlandesas competentes, en especial si ha sido condenada por una sentencia que haya adquirido firmeza en razón de infracciones sancionadas con pena de prisión de tres años o más.*

*41. Según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221, las medidas adoptadas por razones de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen. El apartado 2 de dicho artículo precisa que la mera existencia de condenas penales no constituye, por sí sola, motivo para la adopción de dichas medidas. De todos modos, la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público, (véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 24; Comisión/España, antes citada, apartado 44, y de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 33).*

*42. El Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilate-*

ralmente (sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; Calfa, antes citada, apartado 23; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartados 64 y 65; Comisión/España, antes citada, apartado 45, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 34).

43. Según una reiterada jurisprudencia, la utilización por una autoridad nacional del concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias antes citadas Rutili, apartado 28; Bouchereau, apartado 35; Orfanopoulos y Oliveri, apartado 66; Comisión/España, apartado 46, y Comisión/Alemania, apartado 35).

45. Si bien no puede acreditarse que exista, en el caso de autos, en la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros, un automatismo absoluto entre, por un lado, una condena penal y, por otro lado, una medida de expulsión del territorio, no es menos cierto que esta legislación permite expulsar del territorio del Reino de los Países Bajos, sin observar las garantías materiales y procesales previstas en la Directiva 64/221, a los ciudadanos de la Unión que hayan sido objeto de una condena penal. Efectivamente, no cabe excluir que se dicten decisiones de expulsión contra dichas personas, a pesar de haberse tenido en cuenta consideraciones de índole familiar, sin valorar su comportamiento personal ni la existencia o inexistencia de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público.

Entre los pronunciamientos emitidos por nuestros tribunales merecen transcribirse las siguientes citas:

### 3.2.2. Jurisprudencia de los tribunales españoles

– S. 872/96 del TSJ Madrid, Sala Cont-Adtvo, Sec. 1ª, de 25 jun. 1996, Recurso N° 11.336/1993.

*«Fundamentos jurídicos: segundo. ... Difícil resulta determinar exactamente los conceptos establecidos en este apartado de orden público, seguridad interior o exterior del Estado e intereses españoles, al tratarse los mismos de conceptos jurídicos indeterminados.*

*Centrándonos en el concepto de orden público que es el que ahora nos interesa para la correcta resolución de la litis podemos adelantar ya, que los actos contrarios al orden público, están contenidos fundamental –aunque no exclusivamente– en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, reguladora de*

*las potestades administrativas encaminadas a «asegurar la convivencia ciudadana, erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas».*

*A este respecto hay que recordar que la noción de orden público tiene en el ordenamiento constitucional un marcado relieve, que se conecta con el mantenimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, respecto de los cuales se proclama en el art. 10 de la Constitución, de modo que tal y como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional, –Ss. 57/1990, 43/1986– el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución, identificando el fundamento del orden público y de la paz social en el respeto y mantenimiento de los derechos fundamentales.*

*No ha concretado, sin embargo, el Tribunal Constitucional lo que ha de entenderse por orden público si bien en su sentencia n.º 33/1982, de 8 de junio, precisaba que «Seguridad Pública» supone una noción más precisa que la de «Orden Público» pero, matizando seguidamente que, por Orden Público «pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad ... que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. Afirmar esto no supone negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del Estado de Alarma (L.O. 4/1981, de 1 de junio, artículo 4.b)...» Por su parte la STS 4ª, de 14 de mayo de 1992 (Art. 379) haciendo suya la alegación de la Abogacía del Estado en defensa de la pretensión ejercitada en dicho proceso constitucional afirmaba que, «la noción de orden público abarca todas aquéllas actividades no correctivas sino principalmente preventivas de daños y calamidades públicas, tanto si provienen de conductas voluntarias como si se trata de hechos causales ajenos a toda intencionalidad dañosa».*

*Es por ello que habrá de ser valorado el concepto jurídico indeterminado que contiene el art. 26.1.c) de la Ley de Extranjería, en cuanto tipifica la violación del orden público y la seguridad interior y exterior del Estado a la luz de tales postulados, de modo que habrán de subsumirse en el precepto los comportamientos que supongan una violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que atentan los valores supremos del orden constitucional y que suponen un riesgo cierto de la efectividad del orden constitucional establecido.*

*Admitir una postura omnicomprendiva del orden público que lo extienda, sin que se hubiera podido acreditar una conducta ilícita por hechos concluyentes, supone una interpretación extensiva de una norma sancionadora que solo tiene validez constitucional en la medida que se interpreta en relación con los dictados de la Constitución, especialmente, en relación con los artículos 9.3, que proclama la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 14 que eleva a la igualdad a derecho fundamental, los arts. 24 y 25.1, en cuanto amparan la tutela judicial efectiva y el sometimiento del derecho punitivo al principio de tipicidad, así como el art. 106 que impone el control de la legalidad de la actuación administrativa.*

*Entrando pues, a conocer acerca de la concurrencia en el actor de citada causa de expulsión, es lo cierto que la supuesta conducta atentatoria del orden público en que se basa la denegación administrativa, ha resultado plenamente acreditada y, ello, teniendo en consideración la necesidad de prueba cumplida y detallada por parte de la Administración para que proceda dicha causa de expulsión como ya tuvo ocasión de señalar la Sentencia del TS 4ª, de 17 de octubre de 1983 (Art. 5187):*

*«Si bien el R.D. 1031, de 3 de mayo de 1980 prevé amplias facultades de los Gobernadores Civiles para otorgar o renovar permisos de residencia en el territorio nacional y subsiguientes de trabajo, dicha normativa justifica las denegaciones, si concurren razones de orden público, concepto jurídico indeterminado que exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que L.O. hagan aplicable, no bastando la invocación genérica del término legal para denegar una renovación de dicha autorización» (considerando aceptado de la sentencia apelada).*

*En la misma línea la Sentencia del TS 4ª, de 26 de abril de 1985 (Art. 2878), que cita las Sentencias del TS 4ª, de 17 y 19 de octubre de 1983 y 19 de noviembre de 1984 (Art. 6220):*

*«La referencia al orden público... (para denegar permisos de trabajo y residencia) encierra un concepto jurídico indeterminado que exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que la hacen aplicable, no bastando la invocación genérica de dicho término».*

*Y ante la necesidad de prueba que, hemos visto se impone, se habrá de tener en cuenta la insuficiencia de los informes policiales por si solos para desvirtuar la presunción de inocencia, según establece la Sentencia del TS, Sec. 7ª, de 8 de octubre de 1990 (Ar. 7434):*

*«El marcado carácter sancionatorio que los expedientes que revocan la autorización de residencia para los extranjeros hace que deba predicarse de ellos el derechos fundamental a la presunción de inocencia que contiene el art. 24 CE, debiendo basarse las resoluciones que se dicten*

*revocando el permiso de trabajo o la autorización de residencia en una prueba suficiente que acredite debidamente la realidad de los hechos que se imputan sin, que basten los meros informes policiales, no contrastados en el expediente con otras pruebas de cargo» (Considerando aceptado de la sentencia apelada).*

*Asimismo en STS, 3ª, de 3 de febrero de 1986 (Art. 458):*

*«El acuerdo del Gobernador Civil impugnado, que estimó que por razones de orden público no correspondía otorgar al peticionario la autorización de residencia en nuestro país no se apoya en el acreditamiento del supuesto básico que pudiera justificar la procedencia en derecho de la medida denegatoria de residencia, pues, la valoración de la prueba ha de realizarse ajustándose a los criterios legales establecidos, no en una primera presunción de veracidad del resultado de las actuaciones policiales, que es enervable por la prueba en contrario, sino que ha de descansar en la realidad incontrastable de los hechos determinantes de una conducta reprobada o imputable de la sanción de la salida de nuestro país, en cuyo supuesto se legitimaría el ejercicio de la discrecionalidad de la normativa que sobre esta materia de extranjería atribuye a la Administración en el campo del Orden Público o de la Seguridad del Estado, hechos determinantes que no se acreditan en el proceso, por lo que al no estar probados los hechos o conducta que supuestamente se imputaban al recurrente y hoy apelado y correspondiendo a los Tribunales el control de la actuación y legalidad administrativa, así como el sometimiento de ésta, en el ejercicio de la potestad discrecional, a los fines que la justifiquen, procede confirmar la sentencia apelada.»*

- La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000 (Ar. 2000/2458), con referencia a la expulsión pero igualmente aplicable a la denegación de expedición de la tarjeta de comunitario, recoge la siguiente doctrina: *«La expulsión de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea del territorio de otro Estado de la propia Unión sólo cabe por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; mientras que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su Sentencia de 19 de marzo de 1999 (asunto C-384/1996, Donatella Calfa), siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77) ha declarado que el concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la meras condenas penales constituyan motivo para la adopción de dicha medida, pues sólo cuando tales condenas evidencien la existencia de un comportamiento personal que*

*constituya una amenaza actual para el orden público es posible restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (artículo 1, apartado 1, y artículo 3 de la Directiva 64/221).*

- S. AN, Sala Cont-Adtvo, Sec. 1ª, de 17 oct. 1997, Recurso N° 191/1996:

*«Fundamentos de derecho: segundo...»Cierto, como con razón dice el Sr. Abogado del Estado, que si la existencia de una condena penal es bastante para acordar la expulsión de un comunitario, y cierto también que aun sin condena se le puede expulsar, pero en este caso agregamos nosotros que al menos ese comportamiento personal a que alude el artículo 15 del R.D. 766/92 ha de integrarse en alguno de los supuestos que como falta grave prevé la L.O. 1/92 de 21 de febrero y no es éste el caso y menos aun cuando ni tan siquiera se estiman probados los hechos que se denunciaron. Ciertamente que en dos ocasiones anteriores, en 1989 y 1993 fue condenado en juicio de faltas y después por delito contra la seguridad del tráfico y cumplió las penas, de manera que muy lejanamente y en teoría podría estimarse esa reiteración de problemas como un antecedente de mal comportamiento personal estimable como causa de expulsión según Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de fecha 27-10-77, pero ello tan solo hubiera sido posible si en este último incidente hubiera sido realmente condenado y hemos visto que la denuncia se ha declarado infundada con valor vinculante para nosotros...».*

- S. AN, Sala Cont-Adtvo, Sec. 1ª, de 22 abr. 1996, Recurso N° 1235/1994:

*«Fundamentos de derecho: tercero. No es esto, con todo, el tema de fondo sino la consideración especial del estatus que posee el sancionado como ciudadano comunitario y aquí la Administración ha incurrido en el error de aplicar directamente la Ley 7/85 por la remisión que a la misma hace el artículo 15,2, a) del R.D. 766/92, e incurre en error porque tal remisión debe ser entendida «al procedimiento», que no a las causas que serán las específicas del Real Decreto y las de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero de Seguridad Ciudadana, y ello es claro porque el Real Decreto permite sustentarse la expulsión sobre la conducta personal del interesado, sin otras connotaciones de automatismo cual es la simple condena penal, de manera que puede haber condena sin expulsión y viceversa e incluso ambas cosas cuando la sentencia penal pueda ser indicativa a su vez de un comportamiento personal que constituya una amenaza contra el orden público de manera que pueda pensarse que el mismo comportamiento se mantendrá en el futuro (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27-10-77), Aquí el hecho sancionado (narcotráfico) y la sentencia (6 años y 15 días) son graves pero una vez extinguida con muchísima anticipación la conde-*

*na tras el periodo de libertad condicional sin tacha alguna, no hay en autos y expediente dato que permita aplicar el criterio de la jurisprudencia comunitaria en orden a sostener la medida de expulsión basada en la condena y en el riesgo permanente, si bien este antecedente penal unido a posibles comportamientos futuros incluso no generadores de nuevas condenas pero sí evidentes y constatados, puede dar lugar a nuevo expediente donde la consideración de la conducta del interesado mereciese un tratamiento mas severo en orden a su permanencia en el país y respecto de lo cual debería darse por avisado desde ahora...».*

- S. AN, Sala Cont-Adtvo, Sec. 1ª, de 8 mar. 1996, Recurso N° 2172/1994:

*«Fundamentos de derecho: cuarto. Pero el derecho derivado no se ha detenido en la sólo protección del ciudadano de la Comunidad que ha tomado la decisión de trasladarse a otro Estado de la misma. Por el contrario, ha considerado indispensable, en orden al asesoramiento de esa libre circulación a la que nos referimos, proteger la unidad familiar de ese nacional comunitario, permitiendo que sus parientes más cercanos puedan gozar de las mismas facilidades que él para establecerse a su lado aunque no sean a su vez originarios de algún Estado miembro de la Unión Europea (el preámbulo del Reglamento 1612/68 CEE afirma expresamente, en su párrafo tercero, que «la libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia», y lo reitera en su párrafo quinto: el «derecho del trabajador a hacer venir a su familia, y a las condiciones de integración de dicha familia en el país de acogida». Declaraciones similares se contienen en las Directivas citadas anteriormente). La situación del cónyuge queda así equiparada a la del ciudadano comunitario, cuando aquél no sea nacional de la Unión, en los artículos 10,1. a) y 11 del Reglamento 1612/68 CEE; artículos 1 y 2 Directiva 68/360/CEE; artículo 1.1.c) Directiva 73/148/CEE; artículo 1.1 y 1.2. a) Directiva 90/364/CEE; artículo 1.1 y 1.2.a) Directiva 90/365/CEE; así como los artículos 1 y 2 Directiva 90/366/CEE, luego artículos 1 y 2 Directiva 93/96/CEE. Lo cual no obsta a que se contemple algún trámite adicional específico para ellos, como es la exigencia de estar provisto de visado de entrada en el país de que se trate (artículos 3, 2 y 4.3.c) de la Directiva 68/360/CEE; y artículo 3.2 Directiva 73/148/CEE). Conviene además tener presente, en lo que atañe a la figura del cónyuge, que la normativa comunitaria no limita sus beneficios en función de la situación personal de la pareja con tal de que el vínculo matrimonial se mantenga. No obstante ello, el artículo 2.a), b) y c) del R.D. 766/92 (cosa que no había hecho antes el R.D. 1099/86) vino a exigir que el referido cónyuge no estuviese «separado de hecho o de derecho». La primera de las dos posibilidades «separación de hecho», no reconocida en nuestro ordenamiento más allá de ser una medida provisional que pueda*

*acordarse, ex artículo 102.1 del Código Civil, en los procesos de separación –de derecho–, divorcio o nulidad fue declarada contraria al artículo 10 del Reglamento 1612/68/CEE por el Tribunal de Justicia CEE en su Sentencia de 13 de febrero de 1985 (Asunto 267/83, «Aissatou Diatta contra el Land de Berlin»), sosteniendo la improcedencia de toda interpretación restrictiva sobre dicho precepto «Sentencia, Fundamento de Derecho 17), el cual no exige, ni siquiera implícitamente, la convivencia de la pareja (S. Fundamento de Derecho 18). Tajantemente afirma dicho Tribunal, como colofón, que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto en tanto en cuanto no lo declare así la autoridad competente (en nuestro caso judicial), y tal no es el caso de los esposos que viven simplemente de forma separada, incluso cuando tengan la intención de divorciarse posteriormente (S. Fundamento de Derecho 20).*

*No en vano la Administración española se vio obligada a dar marcha atrás, modificando la redacción del artículo 2.a), b) y c) del R.D. 766/92, a través del R.D. 737/1995, de 5 de mayo (instrumento que sirvió para adaptar sus disposiciones a la inclusión como beneficiarios, de los ciudadanos de Austria, Finlandia y Suecia, y demás Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado con la Unión el 2 de mayo de 1.992). Por lo que ahora únicamente se alude al cónyuge, «siempre que no estén separados de derecho».*

*QUINTO. Entre los mecanismos implementados para asegurar la virtualidad del derecho a la libre circulación de personas, la normativa comunitaria limita los hechos o situaciones que pueden justificar la prohibición de entrada, o en su caso la expulsión de cualquiera de los beneficiarios (para nuestro supuesto, el cónyuge no comunitario) del territorio del Estado miembro donde se encuentra. Estas razones han de estar ligadas a la infracción del orden público, la seguridad o salud pública imperantes en el Estado en cuestión, según se contempla en la Directiva del Consejo 64/221/CEE, de 25 de febrero, que aunque no define casuísticamente esos conceptos (dejándolos a la interpretación de los distintos países, aunque sin escapar a la censura del Tribunal de Justicia en caso de excesos) sí impone algunas restricciones a su aplicación, como puede ser, por ejemplo, la de impedir que la prohibición de entrada o la expulsión puedan proceder por motivos económicos (artículo 2.2), o que se funde en la mera constatación de que sobre la persona pesa alguna (s) condena penal, si bien esto último ha venido a ser matizado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 27 de octubre de 1.977 (Asunto «Regina contra Pierre Bouchereau»), en el sentido de que esa sentencia podría ser indicativa a su vez de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Fundamento de Derecho 28), de tal modo que pueda pensarse que el mismo se mantendrá en el futuro (Fundamento de Derecho 29), con lo que sí sería admisible.*

A esta Directiva 64/221/CEE se remiten por su parte las Directivas 68/360/CEE (Preámbulo, párrafo tercero; y artículo 10), 73/148/CEE (Preámbulo, párrafo tercero; y los artículos 8 y 10), 90/364/CEE (artículo 2.2, *in fine*), 90/365/CEE (artículo 2.2, *in fine*), 90/366/CEE (artículo 2.2, *in fine*) y posterior 93/96/CEE (artículo 2.2, *in fine*). En su transposición al Derecho patrio encontramos los artículos 21 y siguientes del R.D. 1099/86, y actualmente los artículos 14 y siguientes del R.D. 766/92 (con los ajustes que introduce el R.D. 737/95 al artículo 15.4.ª b)). A diferencia del R.D. de 1.986, el R.D. 766/92 ha suprimido la cláusula prohibitiva de la condena penal como causa exclusiva para impedir la entrada, o expulsar; lo que no obstante no puede conllevar para el intérprete el abandono de la normativa comunitaria en este punto, tal como se ha visto.

Ahora bien, las Directivas sobre residencia (artículo 1.1 de la Directiva 90/364; artículo 1.1 Directiva 90/365/CEE; y artículo 1 Directiva 90/366/CEE –luego artículo 1 Directiva 93/96/CEE) y en su aplicación el R.D. 766/92 (artículo 10.1, apartados «e», «f», y «g»), contemplan la exigencia adicional de que la persona que va a instalarse en el otro Estado miembro acredite ante éste la posesión de recursos suficientes, a «fin de que no se conviertan» –se dice expresamente en tales Directivas– «durante su residencia, en una carga para la asistencia social del estado miembro de acogida», precisándose además cuándo cabe considerar la suficiencia», de estos recursos (en nuestro caso, que supere el nivel de la pensión mínima de jubilación para los mayores de 65 años establecida por la Seguridad Social española: artículo 10.2 R.D. 766/92). Con ello se abre la puerta a una eventual prohibición de entrada o ulterior expulsión de la persona si no acredita esa tenencia suficiente de ingresos económicos para mantenerse.

SÉPTIMO. Enunciadas las consideraciones precedentes, estamos ya en condiciones de resolver el caso que aquí se nos ha planteado, y que ha de serlo en sentido favorable a la pretensión interpuesta por la parte actora, considerando: 1. que le es aplicable, como cónyuge de un ciudadano español (sin que conste que esté separado de derecho de ésta), el R.D. 766/92 y las modificaciones sufridas por el R.D. 737/95 que le resulten favorables, según el principio de retroactividad en la imposición de sanciones –artículo 9.3 de la Constitución–; 2. Que sólo podría ser expulsado de nuestro país por alguna de las causas contempladas en el artículo 15 y siguientes del R.D. 766/92; 3. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2.a) del R.D. 766/92 el concepto de actividad «contraria al orden y seguridad» públicos, que ha de comprobarse si le es aplicable debe de integrarse con el catálogo de infracciones «graves» y «muy graves» previstas en la L.O. 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (artículos 23 a 25), por ser las que permitirían su expulsión del territorio nacional (artículo 28 de la misma Ley Orgánica)».

- S. 1048/2003 TSJ PAÍS VASCO, Sala Cont-Adtvo, Sec. 3ª, de 5 dic. 2003, Recurso 2619/2002. Pte: Ibarra Robles, Juan Luis. (EDJ 2003/204280)

*«Fundamento jurídico: cuarto. El comportamiento acreditado del recurrente es constitutivo de una situación de amenaza real y suficientemente grave de afección al orden público que justifica la lícita adopción de la medida de denegación de la expedición de la tarjeta de residente comunitario.*

*Para la aplicación de los criterios interpretativos expuestos en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia, debe atenderse al relato fáctico, adoptado con la plena conformidad de la representación procesal del ahora recurrente, que se declara probado en la sentencia dictada con fecha de 28 de noviembre de 2002 por el Juzgado de lo Penal número 2 de Vitoria-Gasteiz.*

*A su tenor, el comportamiento directo, personal y voluntario desarrollado por el recurrente, del que en el período transcurrido entre el 3 de mayo y el 31 de agosto de 2000, resultó un perjuicio económico por importe de 1.913,27 euros causado por el recurrente al Excmo. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, justifica la lícita adopción de la medida de denegación de la expedición de la tarjeta de residente comunitario prevista en el artículo 15.1.b) del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea EDL1992/15747.*

*En efecto, el comportamiento personal del recurrente (al permitir que, con su conocimiento, un tercero procediera a la falsificación de una documentación administrativa que previamente había denunciado como sustraída, acreditativa de su condición de titular de sendos permisos de residencia y de trabajo permanente, y al permitir que ese mismo tercero llegara a obtener repetidas prestaciones económicas no contributivas del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, por importe de 1.913,27 euros) define una afección al orden público cuya gravedad traspasa el ámbito de la infracción delictiva depurada mediante la sentencia dictada en la jurisdicción penal.*

*A este efecto, la declaración de hechos probados de la sentencia dictada en la jurisdicción penal denota que el comportamiento del ahora recurrente se inscribe en una práctica frecuente de carácter ilícito consistente en la cesión mediante precio de la documentación acreditativa de la situación administrativa de la persona extranjera para que el cesionario proceda a su presentación fraudulenta ante los organismos públicos para obtener prestaciones económicas no contributivas.*

*Se trata, por tanto, de una práctica ilícita dirigida a la obtención fraudulenta de prestaciones económicas públicas no contributivas que*

*debe calificarse, inequívocamente, como una amenaza real y grave al interés público comprometido en la política de inserción social y económica de las personas extranjeras; interés público al que sirve el ejercicio de las competencias municipales de asistencia social cuya actuación se ha visto ilícitamente perjudicada por el comportamiento del ahora recurrente.*

*La subsunción del comportamiento del ciudadano comunitario ahora recurrente en el supuesto legal de denegación por las autoridades españolas de la tarjeta de residencia a favor de nacional de Estado miembro de la Unión Europea, resulta, así, plenamente procedente.»*

### 3.3. COROLARIO DE LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS

Según las anteriores consideraciones doctrinales y jurisprudenciales puede concluirse que no existe una definición única de orden público o seguridad pública y que pueda tenerse como válida, con carácter general, para determinar cuales son aquellas conductas o que comportamientos pueden catalogarse como contrarios a las mismas. A la vista de ello, habrán de tenerse en cuenta otras circunstancias que, además del comportamiento o conducta que pueda mantener una persona o, inclusive, del hecho individual o aislado que pueda realizar cualquiera, pueda ser considerado como actitud contraria al orden o seguridad pública.

Para llegar a ese momento se requiere analizar previamente la expulsión como medida limitativa del derecho de circulación y de establecimiento que tienen todos los beneficiarios del régimen comunitario.

## 4. DE LA EXPULSIÓN. DE LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA Y DE LA INTERRUPCIÓN DE LA RESIDENCIA

Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 15 de nuestro vigente Reglamento de comunitarios, –R.D. 240/2007–, acorde con la normativa emanada de los diferentes órganos de la Unión Europea, el derecho a la libertad de circular y residir de todos esos ciudadanos puede verse sujeto o afectado por determinadas medidas que lo limiten, como son la expulsión o la prohibición de entrada. Además de éstas, encontramos, como novedad, la interrupción de la residencia, lo que, unido al hecho de su carácter dependiente, nos lleva a analizarla en primer lugar.

#### 4.1. LA INTERRUPCIÓN DE LA RESIDENCIA

A diferencia de las otras dos, la medida que acuerde la interrupción de la residencia no es una medida que tenga virtualidad o vida propia o independiente, sino que es una consecuencia que el legislador ha anudado para cuando la autoridad dicte la medida de la expulsión, y sólo de la expulsión y no de ninguna otra. Por ello, sin ánimo de ser reiterativos, sólo procede acordarla dentro de una decisión de expulsión, lo que impone que el afectado, (obviamente se requiere, como primer y esencial elemento, que se trate de ciudadano residente en España), para tener garantizado formal y materialmente su derecho de defensa haya de conocer en toda la fase de instrucción de ese procedimiento de expulsión que, de acordarse ésta se dispondrá, asimismo, la interrupción de su residencia en España.

#### 4.2. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA

También se indicó anteriormente que la medida de prohibición de entrada, aún cuando no viene contemplada en el mismo apartado que la expulsión y demás medidas, (*impedir la entrada; denegar la inscripción en el registro o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia o la devolución*), que pueden dictarse cuando concurren razones de orden público o de seguridad o salud pública, lo más cierto es que se aborda de forma específica e individual en el apartado siguiente a éstas y que, además, el punto 5 la contempla como una de las que pueden ser adoptadas.

La resolución que acuerde la prohibición de entrada, cuando ésta se adopta como única resolución en un procedimiento, es perfectamente válida y eficaz para cuando el afectado por la misma no se encuentra en nuestro territorio. El ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia, dentro del territorio de la Unión Europea, debe conjugarse con el derecho del Estado de residencia o, inclusive, de estancia por muy corta que ésta sea, a garantizar y proteger el orden público o seguridad pública, a través de los mecanismos legalmente establecidos. Evidentemente, la mayor eficacia en la protección de la seguridad ciudadana, se obtiene en base a las actuaciones de carácter preventivo, motivo por el cual el establecimiento de canales de intercambio de información ágiles y fluidos entre los distintos estamentos de los diferentes Estados parte deben considerarse fundamentales.

El conocimiento de la identidad de personas que pretendan entrar o establecerse en territorio español y, que por su conducta personal constituyan

una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad, hace posible que pueda adoptarse la medida de prohibición de entrada en España. Medida que, cuando se presente el afectado en el puesto fronterizo, implicará que se le impida la entrada, tal como se contempla en el punto 1, letra a) de este comentado artículo. 15 del Reglamento.

Dejando aparte el supuesto de los ciudadanos de la Unión y sus familiares cuanto se hallen en su país o en otro Estado miembro, se hace difícil entender que pueda seguirse un procedimiento que finalice simple y meramente con la adopción del acuerdo de prohibición de entrada respecto de cualquiera de estos ciudadanos cuando se hallen en España.

El expediente o procedimiento que se siga contra los que se hallen o residan en nuestro territorio y realicen conducta contraria al orden público o a la seguridad o salud pública será, general o mayoritariamente, el de expulsión y, dado que ésta, si no fuese acompañada de una prohibición de entrada durante cierto tiempo resultaría carente de eficacia alguna, ya que el expulsado podría volver a entrar y permanecer en nuestro país, en cualquier momento posterior a materializarse la expulsión, lo más ajustado al espíritu y finalidad de la norma es que, todo procedimiento de expulsión debe llevar consigo y culminar, conjunta, solidaria e inseparablemente, con la medida de prohibición de entrada durante determinado plazo.

Dada la naturaleza y consideración de esa medida sobre la misma no procede realizar mayores comentarios.

#### 4.3. LA EXPULSIÓN

La medida de expulsión podrá adoptarse cuando las circunstancias personales del expulsable, su conducta, actuar o comportamiento estén revestidos de los requisitos antes citados. Esta situación puede aplicarse ante determinadas conductas, ya sean del ámbito penal o se cobijen como infracción a la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. En estos supuestos, tal como anteriormente se ha expuesto, por las autoridades policiales, fiscales o judiciales deberán reunirse y aportarse al expediente pruebas objetivas o evidentes sobre la conducta personal, que deberán ser valoradas por el órgano competente para resolver.

Siempre ha de tenerse en cuenta y presente, para aplicar esta medida que: *«la existencia de una condena penal es trascendente sólo en la medida en que*

*podiera ser indicativa de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual contra el orden público».*

No se obvia el hecho de que la expulsión y la prohibición de entrada, principalmente ésta, pueden ofrecer dudas en cuanto a su eficacia, ya que al recaer sobre ciudadanos revestidos del derecho a circular libremente por el territorio que integran todos los Estados parte y que, además, éstos han suprimido cualquier control fronterizo interior o entre ellos, esta situación facilitará o propiciará la entrada sin ningún impedimento del expulsado al territorio del Estado parte que lo hubiese expulsado. Una vez haya entrado en ese Estado, aún cuando siga vigente la prohibición de entrada, la respuesta que recibirá, en el supuesto de que sea identificado o localizado en el interior del territorio, será aquella mediante la cual se proceda, nuevamente, a repararle a través de la figura de la devolución, y así sucesivamente.

Esta apreciación no es óbice alguno para que haya de procederse a velar por el cumplimiento de la ley, de la sociedad y de la convivencia y, por ende, de aplicar las previsiones legales con todas sus consecuencias. Será el tiempo, la experiencia y el hecho de adoptar este tipo de medidas limitativas las que nos demuestren si resultan o no eficaces o, al menos, si producen efectos más favorables para la sociedad, que los que podrían darse si no se hubiesen adoptado.

## **5. LA EXPULSIÓN. CIRCUNSTANCIAS A TENER EN CUENTA. CASUÍSTICA O SUPUESTOS CONCRETOS QUE, EN PRINCIPIO, PODRÁN MOTIVAR LA EXPULSIÓN**

Como se ha expuesto anteriormente, para que una persona pueda ser conceptuada como una amenaza para el orden público, se requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias o elementos:

### **5.1. DE CARÁCTER POSITIVO**

- a) *«Situación de normalidad en la vida pública basada fundamentalmente en el respeto de las leyes por parte de los ciudadanos». «Tranquilidad o ausencia de alboroto, riñas, etc, en lugar público o que trasciendan al público».* Así viene definido en el Diccionario el concepto «orden público».

- b) «Amenaza», se define como «*el anuncio de alguien a otro, con palabras o con gestos, de que le va a pegar, a matar o a hacerle cualquier daño. «Grave», como «lo que envuelve peligro o tiene o es susceptible de tener consecuencias muy dañosas».*
- c) Que la amenaza tenga su causa en el comportamiento, («*manera de actuar o portarse una persona*»), o conducta, («*forma de comportarse una persona*»), del individuo.

No se considera conducta o comportamiento la realización de un acto aislado (por ejemplo, realizar una infracción) o más de uno, pero que han tenido lugar o se han llevado a cabo de forma esporádica u ocasional, sin que el individuo haya vuelto a realizar otros de la misma naturaleza que indiquen que esa es su conducta o forma de comportamiento.

- d) Que el comportamiento o conducta amenazante sea actual o muy cercana en el tiempo, al momento presente. Han de excluirse aquellas conductas o formas de comportarse, (condenas), que, aún cuando en su momento sí pudieran haber representado una amenaza, desde aquella fecha hasta la actualidad, la persona no ha vuelto a realizar aquel tipo de conducta. (*El tiempo sana*).
- e) Aquel comportamiento o conducta ha de ser acreditado mediante pruebas objetivas, evidentes o notorias (se han de desechar las apreciaciones de índole subjetivo), aún cuando, como antes se expuso, para la existencia de la amenaza o peligro no se requiere que se produzca algún tipo de resultado, (mera actividad). Esa conducta amenazadora actual y grave para la seguridad pública o el orden público ha de quedar objetivamente acreditada en el informe que, al respecto, como establece la norma, han de emitir las autoridades policiales, fiscales o judiciales.

## 5.2. DE CARÁCTER NEGATIVO

Aún cuando se disponga de datos singulares del supuesto individuo y, aún con conocimiento que los mismos no pueden considerarse como los elementos que determinan la exigencia legal de representar una amenaza, grave y actual para el orden público a través de su conducta o comportamiento personal, lo más cierto es que, pueden existir determinadas circunstancias de naturaleza o carácter negativo que, en suma, pueden apoyar la conclusión

de que nos hallamos ante este tipo de personas. Estas notas o aspectos negativos del individuo pueden ser:

- a) Que carezca de cualquier medio de vida conocido.
- b) Que no realice actividad laboral alguna.
- c) Que no justifique la procedencia de los medios económicos que se le ocupen.
- d) Que no tenga domicilio conocido.
- e) Que no tenga vinculación o relación alguna con el domicilio en el que figure como registrado, dado que varía de forma continua de domicilio.
- f) Que carezca de arraigo en España, es decir, que lleve residiendo en nuestro país poco tiempo.

Ha de recordarse, en este sentido y como medida legal de apoyo de estos aspectos de índole negativo lo que al respecto dice el propio R.D. 240/2007, en el tan repetido artículo 15, apartado 1, último párrafo y que es.

*«Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión... o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en este sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica y la importancia de los vínculos con su país de origen.»*

Si esta previsión legal se une con la establecida en el apartado 6, ya comentada en otro punto anterior, que dice:

*«No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:*

- a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores o, ...».*

Nos encontramos con las siguientes particularidades a tener en cuenta:

1. Los nacionales de la UE, del Espacio Económico Europeo, suizos o andorranos, que lleven residiendo en España más de 10 años podrán ser expulsados si existen motivos imperiosos de *seguridad pública*. Dada la dicción legal, ha de entenderse que el requisito de que los motivos sean imperiosos sólo se exige para expulsar a ciudadanos comunitarios, strictu sensu, y que lleven residiendo en España más de 10 años.

2. Los ciudadanos de la UE, del EEE, suizos o andorranos, así como sus familiares, nacionales de terceros países, beneficiarios del derecho comunitario, cuando sean residentes permanentes (llevar residiendo en España más de 5 años), podrán ser expulsados si existen motivos graves de orden público o *seguridad pública*. Es decir, a diferencia de los del grupo anterior, aquí, si se trata de ciudadanos comunitarios, (habrá que colocarlos al menos en la misma situación de igualdad que a sus familiares), que lleven más de 5 años residiendo en España, –pero menos de 10–, y sus familiares, nacionales de terceros países, que sean residentes permanentes en nuestro territorio, podrán ser expulsados si los motivos se califican de graves.
3. Los ciudadanos comunitarios y sus familiares, nacionales de terceros países, que todos ellos sean residentes en España, con menos de 5 años podrán ser expulsados cuando concurren motivos de orden público, seguridad pública o salud pública. En una aplicación extensiva y beneficiosa para los mismos, para que pueda adoptarse esa medida habrán de tenerse en cuenta las circunstancias que se contemplan en el inciso final de ese último párrafo del punto 1.
4. Cuando se trate de ciudadanos comunitarios y sus familiares, nacionales de terceros países, que no residan en España podrá acordarse su expulsión apreciando su conducta contraria a alguno de aquellos tres motivos y, en apoyo de la misma, como elementos negativos, se podrá indicar, el hecho de no ser residente, de no realizar actividad laboral alguna, de carecer de domicilio, de cual es su situación económica, etc.

En suma, nuestro derecho nacional, reflejo del comunitario, no sólo posibilita y contempla de forma expresa la expulsión como medida limitativa del derecho a la libertad de circulación y residencia, sino que, establece diversos parámetros a tener en cuenta según el afectado sea o no residente y, de ser así, el tiempo que lleva residiendo en nuestro territorio.

Obviamente, no podrá exigirse un mismo tipo de conducta contraria al orden o a la seguridad pública para expulsar a un residente que a otro que se encuentra en España en situación de estancia. Este puede realizar un acto que podrá considerarse como conducta personal que constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta al interés fundamental de la sociedad. En cambio si un residente, de más o menos tiempo, realiza un acto similar, puede que no suponga o equivalga a un comportamiento que afecte a la sociedad.

Igualmente, una condena penal puede ser por sí sola razón suficiente para acordar la expulsión de un ciudadano comunitario o familiar del mismo, beneficiario de este derecho comunitario.

En suma, si nos moviésemos en el campo del silogismo, nos encontraríamos con que: esas circunstancias o elementos de carácter negativo, –que podemos integrarlas como las que forman la segunda premisa–, son las que, unidas a las de índole positivo, –a la sazón éstas son las que configuran la conducta contraria al orden público o a la seguridad pública, y que es la primera premisa–, nos llevarán a entender que nos hallamos ante una conducta que representa una amenaza actual y grave para la sociedad, lo que determina que lo procedente y ajustado a la norma es adoptar la expulsión, –ésta es la conclusión–.

### 5.3. CASUÍSTICA

Además de tenerse en cuenta alguno o algunos de los aspectos o circunstancias indicadas en los apartados anteriores, se considera que la situación y tipo de residencia del afectado en nuestro país será otro elemento importante que nos permita determinar la procedencia de adoptar o no la expulsión de ciudadanos comunitarios o beneficiarios de esta normativa. Así, diferenciando si se hallan en España en situación de estancia o de residencia y el tiempo de permanencia más o menos prologando de ésta, podemos abordar los siguientes supuestos:

#### **5.3.1. Ciudadanos (comunitarios y sus familiares), que no son residentes en España**

Dado que el certificado de inscripción en el Registro lo obtiene el ciudadano comunitario en un solo acto o comparecencia ante la Administración exigiéndosele únicamente la acreditación de su nacionalidad, –el pasaporte, generalmente, o la carta de identidad–, sin requerírsele certificado alguno, ni de empadronamiento ni de otra naturaleza, es fácil que puedan darse situaciones de ciudadanos comunitarios provistos del certificado de inscripción, si bien, realmente, ni son residentes, ni tienen domicilio, ni tampoco lo es el lugar que pueda figurar en el propio certificado de inscripción, ni en ningún otro. No tienen domicilio tal como se entiende el mismo, ni que pueda considerarse más o menos fijo o estable.

En este sentido, en el informe que ha de remitirse al órgano competente para resolver, han de constar datos referidos al tiempo, –cuanto o desde cuando–, que el afectado lleva permaneciendo en España; a si vive o no en el domicilio que obre del mismo; si es ese el domicilio o si tiene otro y el carácter de éste, si es fijo o estable, etc. (evidentemente, las gestiones sobre el domicilio no han de exigirse cuando nos hallemos ante personas errantes o nómadas, «ocupas» o similares, que van de un lugar a otro, sin domicilio).

Si además de lo anterior el afectado no realiza ninguna actividad laboral, no tiene trabajo, no acredita fuente alguna de ingresos, podrá acordarse la expulsión si, aún habiendo realizado un solo acto, este incide en cualquier infracción grave, (artículos 23 y 25) o muy grave, (artículo 24), de la Ley Orgánica 1/1992. La misma medida procede si la conducta fue objeto de condena penal.

### **5.3.2. Ciudadanos (comunitarios y sus familiares), que son residentes, cuando el tiempo de residencia es inferior a 5 años**

Serán el tiempo de residencia, la actividad laboral, los medios económicos, los vínculos familiares, los elementos que, caso de ser poco consistentes o sin justificar por el afectado, los que requerirán una mayor o menor gravedad del hecho ilícito cometido o un mayor número de actos reiterativos y que se consideren contrarios al orden o a la seguridad pública para acordar la expulsión. Así, por ejemplo, un residente sin fuente laboral conocida o lícita de ingresos que sea detenido reiteradamente por faltas de hurto (carterista), es razonablemente subsumible este actuar como conducta o comportamiento personal y, además, que afecta al orden público, por lo que podrá tramitarse expulsión.

Una condena y una detención puede ser suficiente para adoptar este procedimiento; dos o más detenciones policiales también pueden ser apreciadas como conducta por la autoridad gubernativa. Ésta, al dictar el acuerdo de expulsión ejerce la potestad sancionadora en aplicación de la normativa de extranjería, (*ius puniendi* ejercido en atención a razones de política de extranjería, diferente a las de índole criminal, en cuyas dos, el bien jurídico protegido es distinto y buscan finalidades diferentes).

Igualmente, el ciudadano que lleve poco tiempo residiendo (no puede concretarse el tiempo, ya que pueden concurrir otros elementos negativos que indiquen que aunque se trate de residente de más de dos años no es óbi-

ce para que pueda ser expulsado, y, al contrario, respecto de otros ciudadanos que, llevando un año residiendo en nuestro país, la expulsión puede considerarse desproporcionada), podrá ser afectado por una resolución de expulsión por realizar conductas tipificadas como infracción grave de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, o que haya sido de una condena penal, sin que se requiera que ésta se haya dictado por un delito grave.

### **5.3.3. Ciudadanos (comunitarios y sus familiares), que son residentes, cuando el tiempo de residencia es superior a 5 años**

En estos supuestos jugará en beneficio del afectado la exigencia de que una mera condena penal o más de una condena no constituyen por sí solas razón para acodar la expulsión. Si existe o existen condenas, habrá de constatar si las mismas se han dictado próximas en el tiempo por hechos realizados en un espacio temporal que pueden denotar que desde la comisión de los primeros de ellos, el afectado tiene, bien como forma de vida o, bien, que un aspecto fundamental o sustancial de la misma, lo configura su actuar consistente en incidir en el campo delincuencia. Obviamente ello ha de ir acompañado por el resultado de actuaciones prácticas que evidencien una falta de fuente conocida de ingresos para su sustento, el supuesto desarraigo y demás circunstancias socio-económico-personales.

Sobre este particular se ha de recordar lo que al respecto establece el último párrafo del apartado 1 del artículo 15 del R.D. 240/2007, al decir que únicamente podrá adoptarse una resolución de expulsión de ciudadanos comunitarios o de sus familiares beneficiarios que sean residentes permanentes cuando los motivos de orden público o seguridad pública que existan se consideren graves.

### **5.3.4. Ciudadanos (de la UE, del Espacio Económico Europeo, de la Confederación Suiza o del Principado de Andorra), que son residentes, cuando el tiempo de residencia es superior a 10 años**

Se reitera lo que al efecto se dispone en el punto 6, letra a) del tan citado artículo 15 del R.D. 240/2007, que limita la expulsión de estos ciudadanos,

que han residido en España durante los 10 años anteriores, sólo para el supuesto de que existan motivos imperiosos de seguridad pública.

Esta redacción, al indicar literalmente que *no podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, (a los que han de añadirse los nacionales suizos, en aplicación de la Disposición adicional tercera de este Real Decreto, así como los andorranos, según establece el Acuerdo trilateral hispano-franco-andorrano), omitiendo o sin referencia alguna a sus familiares, nacionales de terceros países, beneficiarios de éste régimen, (a diferencia de lo que dice el último párrafo del apartado 1 de este precepto), ha de entenderse que sólo es de aplicación para los aludidos ciudadanos «comunitarios», en ese sentido amplio, incluyendo a los nacionales de esos dos Estados.

Igualmente, los motivos que han de concurrir son los que afecten a la seguridad pública y no, además, los relativos al orden público. El texto no cita los actos que atenten contra el orden público, por lo cual, éstos han de quedar excluidos.

Dado que todo acto que afecte a la seguridad pública también incide en el orden público, pero no viceversa, nos encontramos con dos conceptos indeterminados, de los cuales podríamos decir, si nos moviésemos en términos figurativos de círculos concéntricos que el más amplio es el orden público y el menor el de seguridad ciudadana. Con el fin de dar mayor claridad a esta consideración, se vuelve a reiterar lo que sobre estos dos conceptos entienden nuestros tribunales, tal como se reflejó al exponer parte de la argumentación jurídica de la S. 872/96 del TSJ Madrid, Sala Cont-Adtvo, Sec. 1ª, de 25 jun. 1996, Recurso Nº 11.336/1993, (vid pags. 11 y 12), de la que ahora se extrae lo siguiente:

*«Centrándonos en el concepto de orden público que es el que ahora nos interesa para la correcta resolución de la litis podemos adelantar ya, que los actos contrarios al orden público, están contenidos fundamental –aunque no exclusivamente– en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, reguladora de las potestades administrativas encaminadas a «asegurar la convivencia ciudadana, erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas».*

*A este respecto hay que recordar que la noción de orden público tiene en el ordenamiento constitucional un marcado relieve, que se conecta con el mantenimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, respecto de los cuales se proclama en el art. 10 de la Constitución, de modo que tal y*

*como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional, –Ss. 57/1990, 43/1986– el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución, identificando el fundamento del orden público y de la paz social en el respeto y mantenimiento de los derechos fundamentales.*

*No ha concretado, sin embargo, el Tribunal Constitucional lo que ha de entenderse por orden público si bien en su sentencia n.º 33/1982, de 8 de junio, precisaba que «Seguridad Pública» supone una noción más precisa que la de «Orden Público» pero, matizando seguidamente que, por Orden Público «pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad ... que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. Afirmar esto no supone negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. ...».*

Es evidente que la expulsión de estos ciudadanos, con más de 10 años de residencia en nuestro país, queda reducida a contados supuestos, por lo que, cuando se produzcan, han de analizarse, además, pormenorizadamente, todas sus circunstancias personales, familiares, laborales, etc.

## **6. DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA ACORDAR LA EXPULSIÓN**

### **6.1. CLASES DE PROCEDIMIENTOS**

El Real Decreto 240/2007, no contiene regulación específica alguna respecto del procedimiento que haya de seguirse para dictar resolución de expulsión. No obstante, a través de la lectura de su Disposición adicional segunda, denominada *Normativa aplicable a los procedimientos*, podemos comprobar que serán los establecidos en la Ley Orgánica de extranjería (L.O. 4/2000), y en su reglamento de desarrollo (R.D. 2393/2004), los que, con carácter supletorio, –podemos decir, mejor, con carácter principal, dada la omisión total y absoluta de este Decreto de comunitarios a desarrollar este tipo de procedimientos–, serán de aplicación y, en lo no establecido en los mismos, en lo que, sobre el régimen y procedimiento sancionador, se contiene en la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30/1992) y en su normativa de desarrollo, (R.D. 1398/1993).

A estos fines conviene transcribir dicha Disposición adicional:

*«En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos.»*

Esta remisión implica que se aplicará todo el Título XI, *Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, integrado por los artículos del 112 al 155, ambos inclusive del Reglamento de Extranjería, (R.D. 2393/2004), así como lo que al respecto establezca la Ley de extranjería sobre el procedimiento preferente y la ejecución de la expulsión, es decir, los artículos 61, 62 a 63 y 64.

Dado que en la normativa general de extranjería (L.O. 4/2000 y R.D. 2393/2004), encontramos dos procedimientos diferentes a través de los cuales se pueda acordar la expulsión, los denominados «preferente» y «ordinario», éstos serán los que hayan de tramitarse cuando se pretenda dictar la expulsión tanto de los ciudadanos comunitarios, (en sentido amplio), como de sus familiares, (cónyuges, ascendientes o descendientes), nacionales de terceros países, pero que sean beneficiarios de este derecho comunitario.

## 6.2. PARTICULARIDADES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN TRAMITADOS EN APLICACIÓN DEL RÉGIMEN COMUNITARIO RESPECTO DE LOS SEGUIDOS POR EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

Aún cuando podrán seguir teniendo la misma denominación pese a aplicarse a ciudadanos comunitarios o a sus familiares beneficiarios de éste régimen, lo más cierto es que, sea uno u otro el que proceda tramitar, ambos contienen determinadas particularidades que no se contienen en la normativa de extranjería, y que en síntesis podemos indicar que son:

- a) El procedimiento ordinario prima sobre el preferente. La mayoría de los procedimientos que podrán tramitarse habrán de seguirse por los trámites del procedimiento ordinario de extranjería.

- b) Se ha de seguir para acordar la expulsión y la prohibición de entrada. A diferencia del régimen general de extranjería, los procedimientos que se sigan en aplicación del régimen comunitario, deben contener en sus diferentes fases, dos referencias específicas: una, que se sigue para acordar la expulsión como medida establecida en el punto 1, letra c), del artículo 15 del R.D. 240/2007, y, otra, que, igualmente se tramita, para acordar la prohibición de entrada en España, –según contempla el punto 2, del expresado artículo 15–, por un período de 1 a 10 años, (sobre este plazo ver puntos siguientes), así como para declarar la interrupción de su residencia en nuestro país, –punto 3–, (obviamente esta medida sólo procede para cuando se trate de residentes –los comunitarios que tengan el certificado de inscripción o los familiares titulares de la tarjeta de residencia–).
- c) Plazo de prohibición de entrada. El tiempo que pueda imponerse de prohibición de entrada podrá ser de 1, 2 o más años, si bien nada impide que pueda ser por plazos inferiores al año, como puede ser de meses. Sobre este plazo se recuerda lo expuesto a lo largo de este trabajo y que es:
- La expulsión de todos estos ciudadanos afecta a un «derecho» establecido en los Tratados, que es el de «la libertad de circulación y establecimiento».
  - Si en la legislación general de extranjería se pueden imponer prohibiciones de entrada desde 1, (la devolución es de 1 a 3 años), hasta 10 años (la expulsión es de 3 a 10 años), lo más favorable que se contenga en ésta se ha de aplicar a los comunitarios, (en este caso, la prohibición de 1 a 3 años de la devolución, aun cuando la medida que se realiza contra el comunitario o familiar sea la expulsión).
  - A mayor abundamiento, nada impide que la prohibición de entrada pueda limitarse a plazos de meses, inferiores al año.
  - En el R.D. 240/2007, el expulsado, una vez transcurran 2 años desde la fecha de inicio de la prohibición de entrada, puede pedir el levantamiento, revocación o anulación de la misma, lo que conduce a entender que se puede imponer mayor plazo a éste, es decir, 3 o más años.
  - Plazos superiores a 5 años de prohibición de entrada, y siempre con el máximo de 10, podrán aplicarse para aquellos supuestos graves o imperiosos de seguridad pública u orden público.

- d) La expulsión como interrupción de la residencia. Si el expulsado es residente en España, la expulsión conlleva el efecto de interrumpir la continuidad de la residencia por el tiempo que se haya impuesto de prohibición de entrada. Esta interrupción comenzará a producir efectos el mismo día en que se ejecute la expulsión. La resolución que acuerde la expulsión y esta medida acordará, asimismo, la retirada del certificado de inscripción si el expulsado es ciudadano comunitario, o de la tarjeta de residencia, si lo es un familiar beneficiario.
- e) No difusión al Sistema de Información Schengen (S.I.S.). Al tratarse de ciudadanos beneficiarios del derecho a la libertad de circulación y residencia tanto en el espacio de la Unión Europea, como en el territorio integrado por los Estados signatarios del acervo Schengen, la prohibición de entrada sólo lo será para el territorio del Estado que haya dictado la expulsión y la prohibición de entrada, en este caso el español. Por este motivo, esa prohibición de entrada, será totalmente desconocida para el resto de Estados parte al no poder difundirse a través del Sistema de Información Schengen. Salvo para España, el ciudadano afectado sigue manteniendo íntegro o incólume su derecho a la libertad de circulación y residencia para el territorio de los demás Estados parte.

### 6.3. TRÁMITES COMUNES A LOS DOS PROCEDIMIENTOS

- a) Motivación exhaustiva del informe emitido por la autoridad policial, fiscal o judicial. Como se expuso anteriormente, y la propia normativa nacional y comunitaria así lo dice expresamente, –véase artículo 15. 5.b) del R.D. 240/2007–, cuando la expulsión o prohibición de entrada se base en razones de orden público o seguridad pública, éstas deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal del afectado, lo cual llevará a considerarle como una amenaza real y grave para la sociedad.

Dado que ni un solo acto, ni una sola condena o, incluso, ni varios o varias de ellas determinan que nos hallemos ante una persona peligrosa para la sociedad, se requiere que el funcionario que se halle ante cualquier persona a la que pudiera serle de aplicación la medida de expulsión que deba emitir el informe, que posteriormente remitirá a la autoridad competente para que ésta pueda disponer de todos los elementos existentes y, así, dictar la resolución que proceda, redactándolo de la forma más precisa y completa, es decir, detallando y

pormenorizando todos los hechos o actos que integran o conforman la «conducta» del expedientado, –los indicados como elementos de carácter positivo, al inicio del apartado IV del presente trabajo–, así como aquellos otros, –los enunciados como de índole negativo–, y que serán, principalmente estos últimos, los que ofrezcan las diferencias entre aquellos supuestos en que sí se considera aplicable la expulsión, de aquellos otros en que tal medida se puede considerar desproporcionada o inaplicable.

Es obvio que esta extensión en la redacción de los hechos se ha de reflejar tanto en la fase de instrucción, principalmente en el acuerdo de iniciación, como en la final, en la resolución que acuerde la expulsión, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado.

- b) Derecho a la asistencia jurídica. Sea el procedimiento ordinario o sea el preferente o urgente el que se siga, al ser la asistencia jurídica un derecho que no se contiene en la normativa comunitaria pero sí en la del régimen general de extranjería, ha de aplicarse en todos los procedimientos de expulsión que se tramiten.

Como es conocido, dado que en el procedimiento ordinario no se practica la detención, no se priva de libertad al afectado, se impone que en el acuerdo de iniciación se contenga una información precisa sobre este derecho de forma tal que el afectado pueda conocer ante quién, –que será el respectivo Colegio de abogados–, y a qué lugar –lugar exacto donde se ubica el Colegio de abogados–, podrá dirigirse con el fin de materializar ese derecho.

De producirse supuestos que motiven la tramitación del procedimiento preferente, en éstos, de haberse realizado la detención, la asistencia jurídica será de oficio, debiendo garantizarse al afectado el cumplimiento del resto de derechos que, precisamente, por su condición de detenido, le otorga la legislación vigente, –los previstos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–. Es obvio que el derecho a la asistencia jurídica de oficio, no implica que el profesional que haya de asistirle sea del turno de oficio, sino que podrá ser, bien éste o el particular que voluntariamente sea elegido, ya que éste es, en suma, el derecho que le asiste.

- c) Comunicaciones a Embajadas y/o Consulados. Al igual que se contiene en la legislación general de extranjería, las obligaciones que se imponen a la Administración de realizar comunicaciones o, bajo el prisma del afectado, el derecho de éste a que se comunique tanto la

incoación del expediente, como las medidas cautelares que puedan adoptarse, –sea la de detención o la de internamiento–, y la resolución de expulsión a su representación diplomática o consular, también resulta de aplicación cuando se tramiten procedimientos de expulsión de ciudadanos beneficiarios del régimen comunitario.

- d) La calificación jurídica de los hechos se ha de realizar únicamente haciendo referencia al artículo 15 del R.D. 240/2007, excluyéndose cualquier indicación a la Ley de Extranjería. Cuando los procedimientos tramitados para acordar la expulsión de ciudadanos comunitarios, estén motivados en el hecho de haber sido condenado por conductas de ilícitos penales, la calificación jurídica correcta de estos hechos es la de hacer referencia, única y específicamente, al artículo 15 del R.D. 240/2007, que podría tener como fórmula: *«...los hechos expresados anteriormente pudieran ser constitutivos de infracción administrativa de expulsión prevista en el artículo 15.1.c), en relación con su apartado 5.d), del Real Decreto 240/2007...»*, omitiendo cualquier referencia a precepto alguno de la Ley de extranjería, como en este caso pudiera ser, añadiendo a lo anterior: *«... en relación con el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, ...»*.

En la calificación jurídica de los hechos, exclusivamente, se debe hacer referencia al o a los artículos de la norma que contenga la medida de la expulsión, es decir, en estos casos, al artículo 15, punto 1, letra c) si es para acordar la expulsión o devolución y omitir, sin referir de forma alguna, los artículos de la Ley de extranjería que tipifiquen o pudieran tipificar aquella conducta o hechos (ya sean los artículos 53 y 54, de las infracciones, ya el apartado 2 del artículo 57, para los que han sido condenados penalmente).

Obviamente, además de hacer referencia, en estos casos, al aludido punto 1.c) del artículo 15 del Reglamento de comunitarios también se redactará el punto 2, referido a la prohibición de entrada, tal como se ha expuesto a lo largo de este trabajo.

#### 6.4. DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE O URGENTE

Existen opiniones que consideran que para los comunitarios sólo existe un procedimiento: el ordinario, y que, por tanto, no puede tramitarse otro diferente y menos, uno en el que pueda acordarse la detención o el internamiento.

Se ha analizado y reflexionado exhaustivamente sobre este tema y, siguiendo el tenor literal del propio R.D. 240/2007 y la interpretación y aplicación lógica, razonada y razonable de la misma se ha llegado a la conclusión de que, además del procedimiento ordinario, pueden concurrir razones que motiven la tramitación de otro procedimiento más ágil que aquel y en el cual, dado el bien jurídico protegido y que está afectado por la conducta del ciudadano, implican la posibilidad de su detención y de su internamiento en el Centro de internamiento.

A esta conclusión se ha llegado en base a las siguientes consideraciones:

- a) Como se ha dicho, la Disposición adicional segunda del R.D. 240/2007, remite, en lo que hace a lo no previsto en materia de procedimientos a la legislación de extranjería.
- b) Este Decreto de comunitarios contempla como una de las actuaciones que la Administración puede adoptar la de acordar la expulsión.
- c) Sobre la expulsión ese Decreto no contiene referencia alguna al procedimiento a seguir ni a los trámites que han de realizarse o contenerse en los mismos, (sólo indica que antes de acordarse la expulsión, se ha de disponer de informe de la Abogacía del Estado).

Por ende, lo anterior nos lleva a que se aplicarán los procedimientos que se regulan en la legislación de extranjería (L.O. 4/2000 y R.D. 2393/2004), y, en concreto, los relativos a la posibilidad de adoptar la expulsión.

- d) Existen dos referencias concretas en el R.D. 240/2007, que llevan a la conclusión de que con la tramitación del procedimiento ordinario no se cumplirían o daría debido cumplimiento a esas previsiones legales:
  - Una, la que se lee en el artículo 16, punto 1, cuando excluye del informe de la Abogacía del Estado (previo a dictarse la expulsión), al decir: *«salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas»*.
  - Otra, en el artículo 18, punto 2, al establecer: *«las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado deba abandonar el territorio español. Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo ...»*.

Según estas redacciones, si concurren razones de urgencia, debidamente justificadas, no se exige informe previo de la Abogacía del Estado y no se le dará plazo de salida obligatoria al interesado para que abandone el territorio

español. El hecho de que en la norma se diga que la expulsión se ejecutará de forma inmediata tiene difícil conjugación con el hecho de que no se contemple la posibilidad de tramitar un expediente que, desde el inicio, no pueda tenerse bajo el control de quien lo instruye y de quien ha de ejecutar la expulsión. No cabe otra figura que la detención del ciudadano contra el cual se sigue ese procedimiento. (La Directiva 2004/38/CE, citada, en su artículo 30.3, también excluye de la concesión de un plazo al afectado para abandonar el territorio, en los «*casos urgentes debidamente justificados*»).

Obviamente, esa posibilidad está supeditada a la previa acreditación de que real y efectivamente concurren razones de urgencia que determinan la necesidad de tramitar un procedimiento que resulte eficaz, tanto para evitar la afcción inminente a un interés fundamental de la sociedad, como para garantizar la efectiva ejecución inmediata por la propia Administración de su decisión de expulsión.

Es evidente que serán mínimos los supuestos en los que concurren razones urgentes, pudiendo entenderse que será de aplicación a acontecimientos públicos en los cuales se produzcan desórdenes públicos o alteraciones de la seguridad ciudadana que vengan motivadas por acontecimientos deportivos o reuniones o cumbres de alto nivel, de tipo político, con trascendencia internacional.

A través de la colaboración administrativa internacional, principalmente entre los Estados parte de la Unión Europea, aprovechando el trasvase de información relativa a la existencia de antecedentes de desórdenes públicos que realizan grupos determinados de individuos, cuando éstos aún no han accedido al territorio del Estado parte en que tenga lugar el acontecimiento o cumbre de carácter internacional, como podría ser España, en el supuesto de celebrarse aquí el evento, podría adoptarse, en lugar de la expulsión, como medida previa o preventiva la de impedirles la entrada, conforme establece el tan repetido artículo 15.1, en su letra a), de este Real Decreto de comunitarios.

## 6.5. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE EXPULSIÓN

### 6.5.1. Ejecución de la expulsión en procedimiento ordinario

#### A) *Salida obligatoria*

Adoptada la expulsión en un procedimiento ordinario, en la misma se ha de contener un plazo para que el afectado pueda salir o abandonar por sus

propios medios y voluntariamente nuestro país. Este plazo no podrá ser inferior a un mes. El cómputo comenzará a partir de la fecha en que se le haya practicado la notificación. Sobre esta salida obligatoria conviene abordar lo siguiente:

Dado que no existen controles fronterizos entre la mayoría de los Estados de la Unión, (los signatarios del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen), si el expulsado se va por sus propios medios, la constancia de que el mismo se ha ido y, por tanto, conocer la fecha en que ha realizado real y efectivamente la salida, y por ende, el día a partir del cual comenzará a producir efectos la prohibición de entrada y, cuando proceda, la interrupción de la residencia, es evidente que es una actuación que es preciso y necesario conocer ya que afecta, tanto a la Administración actuante, –ha de conocer hasta cuando se mantiene vigente su derecho a que el expulsado no regrese a su territorio–, como al propio interesado, –acreditar que ha transcurrido la privación de su derecho a entrar y permanecer en España–.

Aún sabida la trascendencia del momento de abandono de nuestro país, esta es una actuación muy difícil de comprobar. En este sentido, pueden darse estos supuestos:

- Si la salida se efectúa por vía aérea o marítima, cuando se trate de nacionales de Estados parte que no son Schengen (véase Reino Unido y el itinerario podría ser Madrid-Londres o, Puerto de Bilbao-Puerto británico), la constatación de la salida efectiva no ofrece problemas ya que al existir en estos puntos puestos fronterizos y realizarse en los mismos control mínimo de los ciudadanos comunitarios, el expulsable se personará ante los funcionarios del control de viajeros y les comunicará que abandona el territorio nacional en cumplimiento de una resolución de expulsión. A través del justificante que le expidan siempre podrá justificar que ese día abandonó el territorio español y, cuando así ocurra, que ya ha transcurrido el plazo de prohibición de entrada o el de los dos años para solicitar el levantamiento o la revocación de la misma.
- Si se trata de nacionales de Estados parte que aplican Schengen, pueden darse estos supuestos:
  - Si la salida la efectúa por vía aérea o marítima y en estos lugares existen funcionarios que realizan controles de entrada y salida de viajeros, el control efectivo de que abandona España se efectuará de la misma forma que en el apartado anterior.
  - Si el abandono se lleva a cabo por vía terrestre, por ejemplo, en su propio vehículo o en autobús, aquí las dificultades son mayúsculas.

Parece que la única medida viable para conocer esa salida efectiva es que el afectado se persone ante nuestra Embajada o Consulado y manifieste la fecha de salida de nuestro país. Esa delegación española comunicará a la autoridad que adoptó la expulsión y la prohibición de entrada la fecha de la comparecencia del expulsado ante la misma así como aquella otra en la que manifestó haber abandonado nuestro territorio.

Para que pueda lograrse cualquiera de esas comprobaciones es preciso que se informe al ciudadano expulsado, bien durante la tramitación del procedimiento, bien en el mismo momento de la notificación de la expulsión, que para tener constancia del día en que abandone por sus medios nuestro país, se persone ante los funcionarios del control de viajeros ubicados en el puesto fronterizo por el que pretenda realizar la salida o compareciendo ante la delegación española ubicada en su país, realizando las manifestaciones que ante los mismos proceda, conforme los puntos expuestos.

### *B) Ejecución policial de la expulsión*

Si transcurre el plazo que se le haya otorgado al afectado para realizar la salida obligatoria, (el mínimo de un mes o el que se le haya establecido), y éste no la ha efectuado, se podrá proceder a su detención y conducción hasta el puesto de salida. Si no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas desde la detención, se solicitará la medida de internamiento en el centro de internamiento de extranjeros al Juzgado de Instrucción del lugar donde se haya practicado la detención con el fin de asegurar la ejecución de la expulsión. Plazo de internamiento que no podrá superar los 40 días.

Ejecución forzosa de la expulsión que podrá realizarse de forma más breve cuando se trate de expulsables nacionales portugueses o franceses, dada la existencia, en la línea limítrofe de España con cualquiera de estos Estados, de los Centros de Cooperación Policial y Aduanera, (CCPA), lugares hasta los cuales serán trasladados, dado que es la forma más rápida de ejecución de la expulsión y, por tanto, la que menos afecta a la libertad.

## **6.5.2. Informe del Abogado del Estado**

Aún cuando la intervención del Abogado del Estado, a fin de que emita informe sobre la pertinencia o no de la expulsión, se exige con anterioridad

a que se dicte la resolución, es decir, una vez finalizada la fase de instrucción, a fin de facilitar que la emisión del informe y que éste sea más completo y ajustado al supuesto concreto informado, es preciso que en el expediente instruido consten debidamente argumentados:

- Los hechos que constituyen una conducta que, real y efectivamente, es contraria al orden público o a la seguridad o salud pública, y que, en definitiva, configuran que nos hallamos ante una persona cuyo comportamiento se considera que representa una amenaza actual y grave para la sociedad. Es decir, los hechos de carácter positivo, a los que se aludió en momento anterior, realizados por el expulsable, (condenas, delitos o faltas cometidos, detenciones, infracciones y demás hechos).
- Las circunstancias sobre la situación del expedientado en España, (si se halla en situación de estancia; si es residente y tiempo de residencia; si tiene domicilio o carece del mismo; cuales son las fuentes de sus ingresos, si dimanen de actividad laboral, o no justifica su procedencia, o traen causa de actuaciones ilícitas o ilegales, o proceden de actividades no laborales, pero que no son ni ilícitas ni ilegales, –v.g. prostitución–; su situación personal; su situación familiar; el arraigo que pueda tener en nuestro país o el que pueda tener en el suyo, y, si se pueden conocer, la conducta o los antecedentes penales en su país o en otros, en los que haya residido anteriormente, etc.). En suma, todos aquellos aspectos de carácter negativo que se han expuesto anteriormente, en este trabajo.

## 6.6. LA RESOLUCIÓN

Como punto final, se considera hacer una mera referencia al contenido que han de tener las resoluciones que acuerden cualquier medida, y entre otras, la relativa a la expulsión, contempladas en el artículo 15 del R. D. 240/2007, y que es:

- a) Deben estar debida y suficientemente motivadas, conteniendo las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión, (salvo razones de seguridad del Estado que aconsejen su referencia sucinta).
- b) Deben contener información suficiente acerca de:
  - El recurso que pueda interponerse contra las mismas, (se recuerda que estas resoluciones, según la normativa del régimen general, agotan la vía administrativa, por lo que, pueden ser impugnadas,

bien en vía administrativa, mediante el recurso de reposición, bien judicialmente, a través del recurso contencioso-administrativo).

- Plazo para hacerlo; un mes si opta por el de reposición o dos meses si elige el judicial, en ambos casos el cómputo comienza a partir del día siguiente al de la notificación.
- Autoridad ante quien se debe formalizar (será, respecto del administrativo de reposición, la misma autoridad que lo dictó, –Delegado o Subdelegado del Gobierno–; el judicial, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo respectivo).



# RÉGIMEN PENITENCIARIO Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE «PRESUNCIÓN DE INOCENCIA»

JAVIER NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RÉGIMEN DE PREVENTIVOS EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO. 2.1. Aspectos generales. 2.2. Especificidades del régimen de preventivos. 3. MECANISMOS POSIBLES PARA INTENTAR COMPAGINAR RÉGIMEN PENITENCIARIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 3.1. El abono de la prisión provisional a la pena. 3.2. Aplicación de las actividades reinsertadas de la pena privativa de libertad a los preventivos. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Si enfrentar el principio de presunción de inocencia con la prisión preventiva constituye un debate jurídico bastante espinoso en el momento de la adopción procesal de esta medida cautelar, más aún lo es su aplicación material. Y es que la prisión preventiva plantea importantes problemas en el ámbito penitenciario, dada la evidente contradicción existente entre el principio de presunción de inocencia, que debe presidir el régimen penitenciario de los preventivos –artículo 5 de la Ley orgánica penitenciaria– con lo que en la realidad práctica constituye la prisión preventiva «una pena a cuenta» donde el interno preventivo padece los mismos inconvenientes que los penados y encima sin disfrutar de los beneficios de éstos.

## ABSTRACT

The dialectic between the presumption of innocence and the protective custody is a thorny debate, particularly as regards the procedural moment when such restraining orders are taken. However, their material implementation provokes even more controversy. The protective custody causes mayor problems as regards the penitentiary regime. There is a contradiction between the presumption of innocence, that has to be

the keynote of the penitentiary regime for people subdue to custody (article 5 of the Organic Penitentiary Law), and the practice, where custody becomes a sort of «sentence on account»: the person in custody suffers the same inconveniences, but cannot enjoy the same penitentiary benefits foreseen for the rest of inmates.

*Palabras Claves:* Prisión preventiva, Presunción de inocencia, Régimen penitenciario.

*Key words:* Protective Custody, Presumption of Innocence, Penitentiary Regime.

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia constitucionalmente relevante en el ámbito procesal para el autor de un hecho delictivo –presunto delincuente– no afecta al interno preventivo, que pasa a ser un recluso con todas las de la ley desde el momento que pisa la cárcel, y como tal va a sufrir todas las consecuencias de la privación de libertad, especialmente las negativas<sup>1</sup>. En el ámbito penitenciario no existe la categoría de «presunto», siempre se es un recluso «convicto» –se es recluso o no se es– da igual que uno haya sido juzgado o no.

Afirmar que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente lo contrario, es una de las más importantes conquistas jurídicas de la humanidad. La presunción de inocencia pertenece a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho, y así se encuentra consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución (CE). Sin embargo, existe una medida procesal que parece contradecir este principio fundamental, como es la figura jurídica de la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar la sustanciación de un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. Cuando se dicta esta medida cautelar, el imputado o acusado de un delito, sobre quien aún no se ha dictado sentencia firme, y por tanto se mantiene sobre él la presunción de inocencia, es obligado a ingresar en un Centro penitenciario.

Esta situación genera un enfrentamiento evidente entre dos derechos consagrados en nuestra Constitución, por un lado, el derecho a la libertad

–artículo 17 CE– y, por el otro, el derecho a la presunción de inocencia –artículo 24.2 CE–, lo que conlleva la imperante necesidad de lograr el equilibrio necesario que permita situar la prisión provisional entre el deber estatal de perseguir con eficacia el delito y, a la vez, el asegurar el ámbito de libertad para el ciudadano.

La forma de compatibilizar ambos derechos –presunción de inocencia y tutela cautelar penal– sería la de consagrar la excepcionalidad y la proporcionalidad como ejes rectores de la prisión provisional. Por lo que se refiere al principio de excepcionalidad hay que decir que nuestro sistema procesal penal parte de la base de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso, de este modo se sitúa la prisión provisional como una excepción a la regla general –no caben más supuestos que los contemplados en la propia ley–. En cuanto al principio de proporcionalidad de la prisión provisional, lo que se pretende es conseguir un justo equilibrio entre la limitación de los derechos de libertad y de presunción de inocencia. No toda finalidad justifica la privación de libertad, puesto que la prisión provisional hay que adecuarla a determinadas finalidades, concretamente tal y como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional: *el asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, a la vez que, evitar el riesgo de reiteración delictiva*<sup>2</sup>.

De esta forma, –con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad– quedaría definitivamente satisfecho el principio de presunción de inocencia en la imposición de esta medida cautelar, que es precisamente lo que se ha pretendido con la nueva regulación que de la prisión provisional ha hecho la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, modificada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Ahora bien, una cosa es la adopción de la medida cautelar y otra su aplicación material, y es que en la práctica real la prisión preventiva, se mire por donde se mire, es una pena anticipada –una prisión sin condena–, puesto que la prisión provisional participa de la naturaleza de las medidas ejecutivas –penas privativas de libertad–. Desde un punto de vista material la prisión preventiva constituye una auténtica pena, en cuanto implica la restricción del derecho a la libertad.

La prisión preventiva se hace condena desde el momento en que el imputado ingresa en un centro penitenciario y queda sometido al régimen penitenciario establecido al efecto –la prisión preventiva se convierte en una «pena a cuenta»–. Podríamos afirmar, que la ejecución material de la prisión preventiva, convierte a ésta en una institución de carácter penal –deja de ser

una institución procesal– cuya ejecución se desarrolla por las mismas normas penitenciarias que la ejecución de las penas.

Y es aquí, en el ámbito de la aplicación material de la prisión preventiva en el marco penitenciario donde encaja el objetivo de este trabajo, que no es otro, que el de analizar la dificultad existente en nuestro sistema penitenciario para conseguir que en la práctica real, es decir durante la ejecución de la prisión preventiva –durante la estancia en la cárcel– se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica penitenciaria 1/79 de 26 de septiembre «*El principio de presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos*» y conseguir, realmente, que dicho principio no se convierta, precisamente, en el contrario: el principio de «presunción de culpabilidad».

## 2. EL RÉGIMEN DE PREVENTIVOS EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO

### 2.1. ASPECTOS GENERALES<sup>3</sup>

Entendemos por régimen penitenciario, el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los centros penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso en general. Aparece definido en el artículo 73 del Reglamento penitenciario (RP), como el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

La finalidad del régimen de los establecimientos penitenciarios es conseguir una convivencia ordenada en los mismos que permita el cumplimiento de los fines previstos en la Leyes procesales para los detenidos y presos; y el tratamiento penitenciario para los penados. Esta delimitación se hace estableciendo una relación de prelación de uno de ellos sobre el otro –del tratamiento sobre el régimen– aunque regidos ambos por el principio de especialización, tal y como señala el artículo 71 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP)<sup>4</sup>.

De este modo, el régimen penitenciario tiene diversos objetivos, especialmente, diferentes en relación con la situación procesal de los reclusos, según que éstos se hallen en la situación de preventivos, o se trate de personas condenadas. Esta diversidad de objetivos se concretizan de la siguiente forma:

para los internos preventivos el fin del régimen penitenciario sería exclusivamente la retención y custodia y para los internos penados dicho fin sería el tratamiento penitenciario.

## 2.2. ESPECIFICIDADES DEL RÉGIMEN DE PREVENTIVOS

El principio constitucional de presunción de inocencia de los internos preventivos, debería determinar un régimen penitenciario diferenciado del de los penados, pero esta dualidad parece viciada, como tendremos ocasión de comprobar, desde el momento en el que la prisión preventiva se basa, precisamente, en presunciones opuestas a la de la inocencia.

### 2.2.1. La clasificación interior

Mejor denominada separación interior, para evitar confusiones con la auténtica clasificación penitenciaria o clasificación en grados, está regulada en el artículo 16 de la LOGP, que entre otros criterios concretos, hace la distinción entre la diferente condición procesal de los internos, cuando establece: «*en consecuencia:... b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes*». Como vemos, se establece en este precepto, a los efectos de separación interior en los centros penitenciarios, la diferencia entre interno preventivo y penado, pero como en muchos otros aspectos de la relación penitenciaria, la realidad difiere en demasía del mandato legal, siendo éste uno de los casos en los que el precepto legal no tiene aplicación práctica en muchos de los centros penitenciarios, donde por cuestiones de espacio se ven obligados a convivir internos preventivos junto con los penados.

### 2.2.2. Establecimientos Penitenciarios propios para internos preventivos

El artículo 7 de la LOGP, distingue entre los Establecimientos de preventivos, de cumplimiento y especiales. En cuanto a los primeros su definición aparece recogida en el artículo 8.1 de la citada norma, como «*Centros destinados a la retención y custodia de los detenidos y presos, aunque también pueden cumplirse en ellos penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo no exceda de 6 meses*».

El régimen penitenciario de estos Centros no difiere del que se aplica a los penados clasificados en segundo grado de tratamiento penitenciario y penados sin clasificar, es decir el denominado régimen ordinario<sup>5</sup>, por lo que a los internos preventivos les son de aplicación las mismas normas regimenterales de los Centros de cumplimiento ordinarios, en cuanto a horarios, actividades, comunicaciones y visitas, etc.

### **2.2.3. Régimen especial del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria**

Señala el artículo 10 de la LOGP, que los detenidos y presos calificados de peligrosidad extrema, o inadaptados al régimen propio de los Establecimientos de preventivos –el régimen ordinario– podrán ser ingresados en departamentos especiales o destinados a Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado, separados de los penados, dando cuenta de ello a la autoridad judicial competente.

Los motivos de la aplicación de este régimen de vida restrictivo, previsto para los internos preventivos, obedece a los mismos criterios que la clasificación penitenciaria en primer grado de los internos penados, –la peligrosidad extrema o la inadaptación al régimen de sus centros de destino–<sup>6</sup>. Las normas regimenterales en las que se basa este régimen especial del artículo 10 de la LOGP, están recogidas en los artículos 89 y siguientes del RP, que regula el régimen cerrado para los internos clasificados en primer grado de tratamiento penitenciario, por lo que debemos de concluir, que las únicas diferencias entre el régimen específico del artículo 10 de la LOGP, para los internos preventivos y el régimen cerrado del primer grado de tratamiento de los penados se encuentra solamente en el procedimiento establecido para su aplicación<sup>7</sup>.

### **2.2.4. Limitaciones regimenterales y medidas de protección personal de los internos preventivos**

Las limitaciones regimenterales y medidas de protección personal están previstas en el artículo 75 del RP, tanto para internos preventivos como penados y se fundamentan en una triple finalidad, como es la de asegurar la persona del interno, garantizar la seguridad y orden del Establecimiento y la de impedir la influencia negativa de unos internos sobre los otros.

Llama la atención, que sea precisamente en el régimen de vida de preventivos, caracterizado por la finalidad de la simple retención y custodia de los internos para su puesta a disposición judicial y organizado en base al principio de la presunción de inocencia, donde se limite la actividad de estos internos y se les someta a una vigilancia y control tan exhaustivo sobre su persona, con unos criterios tan ampliamente discrecionales como permite este precepto reglamentario. Esta regulación podría estar en contradicción con lo que dispone el artículo 525 de la LECrim, cuando dice: «*No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad, sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse*».

En definitiva, podemos concluir diciendo que la limitación de las actividades de los internos preventivos y su sometimiento a una mayor vigilancia y control, independientemente de que tenga su justificación legal, va más allá del objetivo de la prisión preventiva, que no es otro que el de la retención del interno a disposición judicial, por lo que estos preceptos –artículo 10 LOGP, y el artículo 75 RP– conculcarían el principio de la presunción de inocencia, que debe presidir el régimen de la prisión preventiva.

### **2.2.5. La incomunicación judicial**

Es propia y específica sólo de los internos preventivos. Está regulada en el artículo 19 del RP, como medida que sólo puede adoptar el Juez Instructor de la causa, cuando las necesidades de la instrucción así lo exijan, su duración será la determinada en la regulación que al efecto establece el artículo 509.2 de la LECrim. Todas las actuaciones penitenciarias con el interno preventivo que se halle incomunicado judicialmente necesitarán la expresa autorización del Juez de quien depende. La normativa penitenciaria en el tratamiento de los preventivos actúa de forma supletoria de la procesal (artículos 521 a 527 LECrim), regulando únicamente algunos aspectos como los relativos a los profesionales del ámbito penitenciario que podrán visitar al interno mientras se halle incomunicado judicialmente.

### **2.2.6. Los permisos de salida de los preventivos**

El artículo 47 de la LOGP, prevé la figura del permiso de salida ordinario como una medida de tratamiento destinada a preparar a los internos para su vida en libertad. En consecuencia, el permiso penitenciario es una parte im-

portante del tratamiento que ha de recibir cada interno de forma individualizada, siendo lo decisivo para concesión de estos permisos la condición de penado. Si embargo, existe en la normativa penitenciaria, por lo que se refiere a los permisos de salida de los preventivos un precepto, que encierra cierta polémica en su contenido, en concreto, el artículo 48 de la LOGP, cuando dice: *«Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente».*

El contenido del artículo anterior (artículo 47 LOGP) se refiere, tanto a los denominados permisos ordinarios, como a los permisos extraordinarios. Hay que tener en cuenta que esta referencia conjunta a unos y otros está cargada de consecuencias jurídicas, dada la diferente naturaleza y finalidad de unos y otros permisos –ordinarios y extraordinarios–. Mientras que la finalidad de los permisos ordinarios es la preparación para la vida en libertad, los permisos extraordinarios sólo pretenden que el interno esté presente en los acontecimientos más importantes de la vida familiar.

En todo caso, e independientemente del sentido literal del artículo 48 LOGP, hay que valorar este precepto desde la interpretación lógica. En la realidad, la aplicación práctica de este precepto no tiene lugar con los permisos ordinarios, que están concebidos exclusivamente para los penados, y ello porque el disfrute de dichos permisos por parte de los internos preventivos sería no sólo contrario a la medida precautoria de la Ley procesal, sino que además tendría difícil encaje en la finalidad de esta institución penitenciaria, que no es otra que la preparación de los penados para su futura vida en libertad.

### **2.2.7. Las comunicaciones y visitas**

Uno de los principios básicos, sobre los que descansan los sistemas penitenciarios progresivos, es el de considerar que el interno no es un ser separado de la sociedad, sigue formando parte de la misma y a ella ha de volver en el momento que cumpla su condena, es preciso pues, que el interno no rompa, en ningún momento, los lazos que le unen con esa sociedad. Las comunicaciones y visitas de los internos preventivos están configuradas dentro del régimen penitenciario como un derecho de éstos, que se fundamenta, entre otros, en estos dos principios:

El derecho de todos los internos a mantener comunicaciones y visitas, independientemente de su situación procesal y penitenciaria, (salvo los sometidos a incomunicación judicial).

La posibilidad de que estas comunicaciones se sometieran a ciertas restricciones en cuanto a controles por parte de la Administración penitenciaria: por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Uno de los aspectos, que más relevancia tiene en el aspecto diferenciador entre el régimen de los internos preventivos y el de los penados es, precisamente, este segundo principio –el relativo a la competencia para la restricción de tal derecho–.

Las diferencias radican a la hora de determinar la autoridad judicial competente para adoptar y/o fiscalizar las medidas de la suspensión e intervención de las comunicaciones de los internos preventivos. La situación de interno preventivo, plantea problemas competenciales debido al carácter mixto de su relación jurídica penitenciaria, por una parte depende de la autoridad judicial que ha decretado su internamiento en el Establecimiento penitenciario, pero al mismo tiempo, está sometido a normas regimentales, cuya responsabilidad recae sobre la Administración Penitenciaria y controla el Juez de Vigilancia penitenciaria.

Sobre la competencia para ejercer este control judicial de las comunicaciones de los internos preventivos existen dos posiciones contrapuestas:

La primera, que considera que lo dispuesto en el art. 25 CE Constitución «...*el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo condena gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo...*», entre los que se encuentra la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 18 CE), no será de aplicación a los internos preventivos, dado que a éstos les debe ser de aplicación el principio general del artículo 24.2 de la CE «*derecho a la presunción de inocencia...*», debiendo de ser el Juez Instructor el que debe determinar la posibilidad de intervenir o suspender las comunicaciones de los internos preventivos en atención a lo dispuesto en el artículo 524 de la LECrim «*el Juez Instructor autorizará en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso*».

La segunda, es la que considera que la normativa penitenciaria debe de regular el tema de las comunicaciones de los internos preventivos, considerando que estos internos están unidos por la misma relación de sujeción especial que los penados y, por lo tanto, sometidos a los mismos controles, con la única diferencia que los acuerdos de suspensión o intervención de sus comunicaciones será comunicado a la autoridad judicial de la que depende el interno, en lugar de hacerlo al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Entre ambas posturas debe de existir una intermedia, que es la que adopta el Reglamento Penitenciario, que considera que todas las cuestiones que se puedan derivar de las comunicaciones de los preventivos y, sobre todo, lo que afecta a la suspensión o intervención de las mismas, debe de ser fiscalizado por el Juez de Vigilancia penitenciaria, sin perjuicio de que para cuestiones como la autorización de entrevistas con medios de comunicación u otras cuestiones de esta índole, se solicite el parecer del Juez del que depende el interno, por si esta cuestión puede afectar a la instrucción del sumario.

### 2.2.8. El derecho y el deber de trabajar

El derecho al trabajo en el ámbito penitenciario tiene un doble carácter, según se trate de internos penados, para los que es obligatorio, o de internos preventivos, para los que es voluntario. De esta forma, artículo 29.3 LOGP establece *«Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del Establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquel...»*.

El planteamiento de este precepto de no obligar al interno preventivo a trabajar es acertado y respetuoso con el principio de presunción de inocencia que debe regir la prisión preventiva. Asimismo, la voluntariedad del trabajo para los preventivos exime a la Administración penitenciaria del deber de proporcionárselo, bastando solamente que les proporcione los medios de ocupación de que disponga –deber que si tiene dicha Administración para con los internos penados–<sup>8</sup>.

### 2.2.9. El régimen disciplinario

Cuando la potestad sancionadora se ejerce en el marco de las denominadas relaciones especiales de sujeción, hablaremos de potestad disciplinaria. Desde la STC. 74/1985, de 18 de junio, la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando sistemáticamente esta categoría a la relación jurídica penitenciaria. La jurisprudencia constitucional ha justificado así la existencia del régimen disciplinario penitenciario, que podemos definir como aquel conjunto de normas que definen los comportamientos infractores de la seguridad y la convivencia ordenada de los establecimientos penitenciarios –faltas disciplinarias–, así como las sanciones que corresponden a tales infraccio-

nes, y que regulan además el procedimiento a través del cual se determinan las reglas de aplicación de las sanciones, y las reglas de su cumplimiento.

Dicha potestad disciplinaria se asocia a la finalidad de retención y custodia, a la exigencia de mantener una convivencia ordenada y a la exigencia de establecer una pronta corrección de aquellas conductas que afecten a dicha custodia, o convivencia ordenada –STC 2/1987, de 21 de enero. Así se proclama en el artículo 41.1 LOGP, conforme al cual *«el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada»*.

En consonancia con este fin específico del régimen disciplinario es natural que no exista en su aplicación ninguna diferencia atendiendo a la distinta situación procesal del recluso. Cuando una acción de un interno –preventivo o penado– deteriora la seguridad o la normal convivencia es sancionado independientemente de cual sea su situación procesal.

### **2.2.10. Exclusión de los beneficios penitenciarios propios del sistema de individualización científica para los internos preventivos**

Si existe una diferencia sustancial entre el régimen penitenciario de los preventivos frente al de los penados, ésta se encuentra en los denominados beneficios penitenciarios, en concreto, en la exclusión de los internos en situación de preventivos del acceso a los mismos. Entendemos el término «beneficios penitenciarios» en sentido amplio donde se incluirían, no sólo aquellos beneficios que suponen el acortamiento de la condena o la anticipación de la salida de prisión –el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional–<sup>9</sup>, sino también todos aquellos mecanismos jurídicos penitenciarios que suponen una mejora objetiva en las condiciones de vida del recluso que conllevan el acortamiento de la reclusión efectiva, entre ellos: la propia libertad condicional, los permisos de salida, las salidas programadas y el régimen abierto.

La situación de preventivo impide al recluso el goce de los «beneficios penitenciarios» que concede la ley a los penados, porque dichos beneficios están unidos, inevitablemente, a la resolución administrativa de la clasificación penitenciaria en grados<sup>10</sup>, que no procederá mientras no recaiga sentencia en todas y cada una de las causas por las que se encuentre preventivo. Es más, si el interno penado está clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedaría sin efecto dicha clasificación (artículo

lo104.2 RP). Como vemos, penitenciarimente prima la condición de preventivo del recluso con preferencia sobre la de penado<sup>11</sup>, lo que supone que el medio penitenciario aplica, en estos casos, el «trato» de un preso preventivo a los penados. Esto significa que el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional<sup>12</sup>.

La razón por la que el disfrute de los beneficios penitenciarios queda reservado en exclusiva a los internos penados «puros» y vedado a los preventivos obedece a la propia naturaleza, tanto de los beneficios penitenciarios como de la medida cautelar de la prisión preventiva.

En cuanto a su naturaleza, tal y como hoy son entendidos, los beneficios penitenciarios son mecanismos articulados conforme a los principios constitucionales que informan la pena privativa de libertad-la reeducación y reinserción social-. Así el artículo 203 del RP, señala que los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad, recogiendo así las posibilidades previstas en la Regla 70 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por Naciones Unidas en 1955.

En cuanto a la naturaleza de la medida cautelar de la prisión preventiva. La imposibilidad de acceder los internos preventivos a los beneficios penitenciarios es una consecuencia de la propia naturaleza de esta medida cautelar, que se vería frustrada si el recluso pudiera hacer uso de aquellos «beneficios penitenciarios» que le permiten salidas de prisión sin custodia policial.

En resumen, del estudio que hemos hecho de las particularidades propias del régimen de los internos preventivos, hemos de llegar a la conclusión, que las pocas especificidades que existen en el régimen de preventivos son, precisamente, las que más contradicen el principio de presunción de inocencia, que preconiza el artículo 5 de la LOGP, en concreto: las medidas interventoras (artículo10 LOGP, artículo 75 RP, régimen disciplinario) y la exclusión de los beneficios penitenciarios. Y es que no deja de ser paradójico, que se recoja la regulación de la presunción de inocencia dentro de la normativa penitenciaria, dado que si a favor del imputado preso existiese una verdadera presunción de inocencia toda medida de la Administración penitenciaria

interventora con el interno estaría de sobra. En este contexto se podría afirmar, que el cumplimiento de la prisión preventiva viola la presunción de inocencia, porque en realidad el ingreso en un centro penitenciario constituye ya de por sí una manifiesta «presunción de culpabilidad».

### **3. POSIBLES MECANISMOS JURÍDICOS PARA INTENTAR COMPAGINAR RÉGIMEN PENITENCIARIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Partiendo del hecho incuestionable de que la prisión preventiva lesionará siempre la presunción de inocencia, el cumplimiento de esta medida cautelar debería estar orientado a que cause el «mal mínimo posible». Para intentar conseguir este difícil objetivo, existen dos mecanismos, uno de tipo penal –computar el tiempo pasado en prisión provisional como de extinción de la futura condena– y el otro de tipo penitenciario –aplicar al interno preventivo, en la medida de lo posible, las mismas técnicas reinsertadoras que a los internos penados–.

#### **3.1. EL ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL A LA PENA**

Materialmente la prisión preventiva se hace condena desde el mismo momento que se ingresa en la prisión –es una condena a cuenta– por lo que cuando la culpabilidad del interno haya sido declarada por sentencia, el tiempo pasado en prisión provisional debe servir para el cumplimiento de la condena impuesta, aunque podría darse el caso que dicha culpabilidad no llegue a declararse, de ahí que haya que valorar ambas posibilidades.

##### **3.1.1. Cuando la culpabilidad haya sido declarada**

La prisión provisional además de su finalidad cautelar principal, que es la de asegurar la disponibilidad física del imputado, tiene otra añadida en beneficio del sometido a prisión, consistente en que la privación de libertad se imputará al cumplimiento de la pena si fuese condenado el afectado. El abono del tiempo pasado en prisión preventiva supone una reducción de la pena que se está cumpliendo a costa de un tiempo de prisión preventiva ya sufrido antes, lo que supone partir de una implícita identificación del significado de

la prisión provisional y de la pena de prisión, como una especie de pena anticipada porque, sin duda, ello beneficia al sometido a pena de prisión.

El cómputo del tiempo pasado en situación de prisión provisional está regulado en el artículo 58 del Código Penal (CP), a efectos de liquidación de condena. Las reglas que contiene el citado precepto consisten en la aplicación del tiempo que se ha permanecido preventivo en la misma causa o en otra distinta a la condena privativa de libertad que se está cumpliendo. Técnicamente, podemos decir que existen dos tipos de abonos de preventiva previstos en el artículo 58 del CP: en la misma causa en la que se ha sufrido la prisión preventiva, o en causa distinta<sup>13</sup>.

*A) En la misma causa en la que se ha sufrido la prisión preventiva*

Consiste en la aplicación del tiempo que se ha permanecido preventivo en la misma causa por la que se esté cumpliendo condena a la condena privativa de libertad. Es decir, el tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento por el que luego se resulta condenado lo que, por otra parte, resulta lógico, que un tiempo de prisión preventiva se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta.

*B) En causa distinta en la que se ha sufrido la prisión preventiva*

Tiene lugar cuando habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva el procedimiento ha sido sobreesido y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria, o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva, pero existan otra u otras causas en las que dicho tiempo de prisión pudiera ser abonado.

En la práctica y, ante el abuso indiscriminado de la prisión preventiva en nuestro sistema y la enorme dilación de los procedimientos, era bastante frecuente la aplicación de un periodo de preventiva indebidamente sufrida en un procedimiento a otro por el que se encontrara una persona penada. Esta aplicación era prácticamente automática, lo que generaba el denominado «*cheque en blanco*», es decir, el abono de la prisión preventiva de una causa a otra, cuando la segunda se comete conociendo que se tiene un periodo de prisión preventiva cumplido en exceso o indebidamente de la primera causa.

Este efecto del «*cheque en blanco*», se ha pretendido evitar a través de la reforma introducida en el artículo 58 por la Ley 15/2003, de reforma del CP, mediante la utilización de un criterio de apreciación, caracterizado por su objetividad y simplicidad, como es el de evitar que la persona en el momento de cometer un delito conozca, o pueda conocer de antemano que tiene un tiempo de prisión preventiva susceptible de ser abonado a otra causa. Para ello existen dos posibilidades de evitar esta consecuencia:

- a) Que el delito por el que es condenado con posterioridad el autor, se cometa antes de entrar preventivo por un procedimiento por el que luego resulta absuelto.
- b) Que una persona haya estado preventivo y antes de resultar absuelto por ese procedimiento cometa un nuevo hecho delictivo.

Dado que en ambos supuestos la persona al cometer un nuevo hecho delictivo desconoce la posibilidad de que le pudiera ser abonado un tiempo de preventiva, bien porque todavía no lo había sufrido, bien porque habiéndolo sufrido, todavía no se había dictado la resolución que convertía ese tiempo en abonable. Sin embargo, la reforma del artículo 58 CP introducida por la Ley 15/2003, sólo ha recogido en el número 3 del citado precepto como preventiva abonable «impropia o amplia» la del primer supuesto al que hemos hecho referencia.

### 3.1.2. Cuando la culpabilidad no llegue a declararse

Como en el supuesto anterior, tiene lugar cuando, habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreesido y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva y no existe otra u otras causas en las que dicho tiempo de prisión pudiera ser abonado, como en el caso anterior.

No es infrecuente observar que en muchas ocasiones después de pasar varios meses en prisión los procesados son puestos en libertad sin ningún cargo. Estos casos tienen especial trascendencia pública cuando son casos relacionados con el ámbito competencial de la Audiencia Nacional, que suelen salir a la luz pública en los medios de comunicación, pero esto mismo ocurre en otros muchos Tribunales, aunque permanezcan en el anonimato tales situaciones.

Algo no debe funcionar bien en nuestro sistema judicial si estos hechos se producen con la relativa frecuencia con la que se están produciendo, lo que convierte a la institución de la prisión preventiva, ya por su misma naturaleza injusta, además en un castigo totalmente arbitrario y abusivo.

La solución para estos supuestos pasaría por compensar el daño causado, aunque difícilmente reparable, con la correspondiente indemnización económica a través de la institución de la responsabilidad patrimonial por el tiempo de prisión preventiva indebidamente padecido<sup>14</sup>.

### **3.1.3. Cuando la situación de preventivo concorra con la de penado**

La situación procesal de prisión provisional puede coincidir en el mismo recluso simultáneamente con la situación de penado, lo que en la terminología penitenciaria se denominada situación de «penado mixto» –quien simultanea prisión preventiva y cumplimiento de condena– para diferenciarlo del «penado puro», que es aquel cuyas causas están todas ellas penadas.

Hasta ahora, y en aplicación de lo preceptuado en el artículo 58 del CP, se partía del hecho, a efectos de realizar la correspondiente liquidación de condena, de que el acusado que se encuentra también en calidad de penado no está «materialmente» en situación de preso preventivo, ya que, cuando de forma simultánea se está en situación de preventivo y de penado, el tiempo cumplido sólo se computa como de cumplimiento de la condena. Es decir, quien simultanea prisión preventiva y prisión como penado sólo computa con este último carácter –de penado–. En definitiva, que primero se cumple la condena y después, una vez cumplida, se podrá empezar el cómputo de la prisión preventiva, porque se consideraba que la privación de libertad es única y la permanencia en prisión provisional a los efectos de la privación de libertad es meramente formal.

El Tribunal Constitucional cambió radicalmente este criterio en su sentencia 57/2008 de 28 de abril y considera que en los supuestos de concurrencia de situaciones procesales preventivas y penadas se debe de abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que conlleva en la práctica abonar el mismo período de privación de libertad para el cumplimiento de condena dos veces en dos causas distintas –preventiva y penada–.

### 3.2. APLICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES REINSERTADORAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LOS PREVENTIVOS

Como hemos podido comprobar, el régimen penitenciario en la prisión preventiva, debería tener una finalidad «única», retener al interno a disposición judicial, garantizando con ello la presencia del imputado durante el juicio y, asimismo, la eventual ejecución de la pena. Sin embargo, esta finalidad propuesta en exclusividad en la normativa penitenciaria, no queda materializada en este sentido tan restrictivo. La Administración Penitenciaria realiza en la práctica real con el recluso preventivo una serie de actividades, que en general, poco difieren de las actuaciones que ésta realiza con un penado –salvo la clasificación penitenciaria–.

El objetivo resocializador atribuido a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 CE, va a determinar tras la entrada en vigor de la LOGP en el año 1979, un nuevo sistema de ejecución penal al que se denomina sistema de «*individualización científica*»<sup>15</sup> que se inspira en el tratamiento penitenciario con una base de metodología científica, en los términos recogidos en artículo 72.1 de la citada LOGP. De esta forma, la pena privativa de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social mediante la utilización de métodos científicos adecuados. El tratamiento penitenciario aparece definido en el artículo 59.1 de la LOGP, como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados», añadiendo en su punto 2 que «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la motivación y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir a sus necesidades».

La finalidad del tratamiento es conseguir la reeducación y reinserción social, esta orientación reeducadora y reinsertadora sólo cabe para los penados como se infiere del inciso primero del artículo 25.2 CE, conforme al cual «*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*». Así, se justificará que las instituciones penitenciarias deban desarrollar actividades tendentes a lograr la reeducación y reinserción social de los penados y que dicha actividad no podrá conceptualmente afectar a los detenidos y presos, por cuanto éstos ostentan el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sin embargo, el concepto del tratamiento penitenciario que recoge la LOGP, así como sus fines fueron ampliados por el Reglamento Penitenciario

de 1996, Real Decreto 190/96, de 8 de febrero, que opta por una concepción mucho más amplia, consolidando una concepción del mismo más acorde a los planteamientos actuales de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador, más que en el concepto clínico, como se concebía en la LOGP<sup>16</sup>, donde se incluyen no sólo las actividades terapéutico-asistenciales, sino también aquellas actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas, deportivas etc, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de la personalidad del interno y dotando a éste de instrumentos eficientes para su propia emancipación.

Esta nueva orientación amplia del tratamiento penitenciario vale para todos los internos –no sólo para los penados– y permite que los preventivos tengan la misma atención que los internos condenados. Esto es comprensible y no puede ser de otra manera, dado que los preventivos están privados de libertad igual que los internos penados y en algunos casos por largos espacios de tiempo; y que seguirán privados de dicha libertad, en el momento en el que sean condenados, lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra privación de libertad se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación. La prisión provisional no deja de ser «realmente» una pena sólo porque «jurídicamente» no debe serlo, la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera.

Para llevar a término esta actividad reinsertadora de los preventivos el Reglamento Penitenciario contempla, junto con los programas de tratamiento de los penados, los modelos de intervención (artículo 20 RP). Estos modelos de intervención, contienen una planificación educativa, socio-cultural y laboral, que permite destinar las principales actividades tratamentales a este tipo de internos. En la práctica, los internos preventivos reciben por parte de la Administración penitenciaria las mismas atenciones «*reinsertadoras*», que los internos penados, incluyendo aquellos aspectos, que pudieran tener una relación más estrecha con el concepto estricto del tratamiento penitenciario, en los términos recogidos en la LOGP, como es el caso de la atención que, también, se dispensa a los preventivos incurso en programas de deshabitación y desintoxicación, u en otros programas específicos de atención especializada de los previstos en el artículo 116 RP. Con ello se conseguirá, que en ningún caso, las condiciones regimentales de los internos preventivos tengan que ser peores que las de los internos condenados y, de esta forma, lograr que si ya de por sí la prisión preventiva es un mal necesario que, al menos, cause el «mal mínimo».

#### 4. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos hacer las siguientes valoraciones sobre la relación entre régimen penitenciario y principio constitucional de presunción de inocencia:

En primer lugar, la prisión provisional participa de la naturaleza de las medidas ejecutivas –pena privativa de libertad– y desde un punto de vista material constituye una auténtica pena, en cuanto implica la restricción del derecho a la libertad, por ello la prisión preventiva no es tanto una institución procesal, como más bien una institución de carácter penal, cuya ejecución se desarrolla por las mismas normas penitenciarias que la ejecución de las penas, es una pena anticipada a la sentencia –una pena a cuenta o prisión sin condena–.

En segundo lugar, en la práctica real, el principio de presunción de inocencia consagra un estadio jurídico y no una presunción legal. El imputado es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, pero ello no obsta a que durante el cumplimiento de la medida cautelar, se puedan adoptar sobre el recluso medidas coercitivas y limitativas igual que para los penados que, por otra parte, son necesarias para lograr una convivencia social adecuada, pero difícilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En definitiva, que la aplicación material de esta herramienta jurídica de la prisión provisional supone que nuestro sistema penitenciario está determinado más por el «principio de presunción de culpabilidad», que por el de «inocencia» y que la aplicación material de la prisión preventiva, en la mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Presunción de inocencia y prisión sin condena. *Cuadernos de derecho judicial*, 1996, n. 18 (Número dedicado a la detención y prisión provisional).
- BARONA VILAR, S. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.
- CONDE SALGADO, R. La prisión preventiva. *Poder judicial*, 1995, n. 37 (marzo 1995).
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos. *La Ley*, 2004, n. 5.931 (13 en. 2004).
- GONZALEZ ALONSO, A. *Responsabilidad patrimonial del estado en la Administración de justicia: funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

- GONZÁLEZ PASTOR, C.P. La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *La Ley*, 2003, n. 5.849 (15 sept. 2003).
- LANDROVE DÍAZ, G. La reforma de la prisión provisional. *La Ley*, 2004, n. 5.926 (5 en. 2004).
- MARTINEZ PARDO, V.J. La detención preventiva, doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista internauta de práctica jurídica*, 2006, n. 17.
- NOYA, J. La prisión como medida preventiva y como pena. En MORENO HERNANDEZ, M. *Orientaciones de la política criminal legislativa*. México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 275-283.
- RODRÍGUEZ RAMOS L. La prisión preventiva: algo más que una medida cautelar: comentario a las SSTC 32 y 34/1987 de 12 de marzo. *La Ley*, 1987, n. 2.
- ROCA PVEDA, M. Pena de prisión y prisión provisional: concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva. *La ley penal*, 2009, n. 56.
- SANZ DELGADO E. Los beneficios penitenciarios. *La ley penal*, 2004, n. 2004.

## Referencias

- <sup>1</sup> De entrada, el efecto social de la estigmatización, además de todos los consabidos efectos psicológicos negativos que supone el ingreso en un Centro penitenciario.
- <sup>2</sup> Además, hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad exige que sea razonable el privar a una persona de su libertad en comparación con la importancia del fin perseguido.
- <sup>3</sup> En la semana del 14 de agosto de 2009 de un total de 76.344 internos en las cárceles españolas, 16.042 son preventivos lo supone un 21,01% de la población reclusa. La cifra de penados a esta misma fecha es de 60.302, lo que supone un 78,99%.
- <sup>4</sup> Artículo 71.LOGP
1. *El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.*
  2. *Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.*
- <sup>5</sup> Artículo 74.RP Tipos de régimen.
1. *El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.*

<sup>6</sup> Art 102.5 del Reglamento Penitenciario.

<sup>7</sup> El régimen especial del artículo 10 de la LOGP es aplicado por la Junta de Tratamiento del Centro, previa solicitud de los informes pertinentes y comunicado al Juez de Vigilancia Penitenciaria. El primer grado de tratamiento por el contrario es aplicado por el Centro Directivo, como una resolución más de clasificación, a propuesta de los Equipos Técnicos de los Centros Penitenciarios, *vid* artículo 97 RP.

<sup>8</sup> Vid, SSTC 82/86; 2/87;172/89 y 17/93.

<sup>9</sup> Art. 202 RP:

*1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.*

*2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.*

<sup>10</sup> Es la resolución administrativa que determina la base del sistema de «individualización científica», ya que aquella es presupuesto necesario para lograr una vez recaída sentencia condenatoria la individualización de la pena con la finalidad de intentar la reinserción social de los reclusos. La clasificación penitenciaria se lleva a cabo tras tomar en cuenta una serie de variables, tales como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, todo ello en los términos descritos en el artículo 63 de la LOGP. De todas las variables referidas, son las relacionadas con la evolución de la personalidad las que tienen mayor relevancia para ejecución de las condenas, incluso sobre las propias variables relacionadas con la actividad delictiva. Y ello, con el objetivo de posibilitar que el penado cumpla la condena de una forma que se ajuste plenamente a sus circunstancias particulares –«*principio de individualización*»–. Esta decisión administrativa de la clasificación penitenciaria determinará la asignación de un determinado grado de tratamiento –1º, 2º o 3º– que conllevará un determinado régimen de vida.

<sup>11</sup> En consecuencia, en estos casos el Auto de prisión afecta a la situación penitenciaria del actor, que hubiera sido otra si no existiese dicho Auto, lo que supone una restricción de su ámbito de libertad al afectar al contenido del cumplimiento de la pena, limitando incluso su posibilidad de una libertad anticipada.

<sup>12</sup> Para compensar este inconveniente el TC en su sentencia 57/2008 de 28 de abril, considera que en los supuestos de concurrencia de situaciones procesales preventivas y penadas se debe de abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que conlleva en la práctica abonar el mismo período de privación de libertad para el cumplimiento de condena en dos causas distintas –preventiva y penada–.

<sup>13</sup> Artículo 58 del nuevo Código Penal:

*«1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.*

*2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.*

*3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar...».*

<sup>14</sup> Para más detalle sobre este tema ver SALÀS I DARROCHA Josep Tomás «La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional» en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, N° 3, 2003, pags. 1873-1890.

<sup>15</sup> El nuevo sistema de «*individualización científica*» heredero de los denominados sistemas progresivos se caracteriza, además de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, en que éste se puede realizar, con mayor flexibilidad ya que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados que prevé el sistema excepto el último que es la libertad condicional sin que se exijan tiempos mínimos ni máximos de estancia o correlación de unos a otros.

<sup>16</sup> El concepto de tratamiento penitenciario, que recoge la LOGP en el artículo 65 de la LOGP «*actividad encaminada a modificar aquel sector de la personalidad del interno que ha dado origen a la actividad delictiva*» está basado en un concepto eminentemente clínico, que conceptúa la personalidad del delincuente, bajo el prisma de la clínica criminológica, tratando a éste bajo un aspecto patológico, que con el símil extraído de la medicina, es preciso curar.

## **CONSULTAS E INFORMES**



## RESPUESTAS DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA A CONSULTAS SOBRE SEGURIDAD CIUDADANA<sup>1</sup>

### **1. SOBRE INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO DE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN LAS VÍAS PÚBLICAS**

En contestación al escrito de un particular, formulando consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con la instalación y mantenimiento de cámaras de videovigilancia en las vías públicas, esta Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, puso de manifiesto lo siguiente (marzo de 2009):

«... Efectivamente, como se indica en el escrito de consulta, este Centro Directivo emitió un informe en noviembre del año 2003 en respuesta a la consulta formulada por un determinado órgano de la Administración Periférica sobre la necesidad de que las empresas instaladoras de sistemas de videocámaras tengan que estar autorizadas e inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad de este Ministerio.

En el citado informe se llegaba a la conclusión de que la instalación del sistema de videovigilancia en una zona pública y cuya utilización corresponde en exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no tiene por qué ser realizada necesariamente por una empresa habilitada e inscrita en el Registro General de Empresas de Seguridad de este Departamento, ya que dicho requisito sólo es exigible cuando la instalación se realice en el ámbito de aplicación de la normativa de seguridad privada.

En efecto, en numerosos informes emitidos por esta Secretaría General Técnica con motivo de similares consultas, se han sostenido estos criterios básicos:

Desde el ámbito de la seguridad pública, función específicamente encomendada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 1 de la Ley Orgánica

2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, ha establecido el marco jurídico aplicable a la utilización de los sistemas de grabación de imágenes y sonidos en lugares públicos, como medio del que pueden servirse las citadas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Las normas contenidas en la citada Ley describen los principios de su utilización, esto es los principios de idoneidad e intervención mínima, y establecen las garantías precisas en relación con las videograbaciones resultantes.

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, y en su Reglamento de desarrollo y ejecución, aprobado por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, para que dicha normativa sea de aplicación a la utilización de videocámaras, deben concurrir dos circunstancias:

- una de ámbito subjetivo, que las videocámaras sean instaladas y utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; o que, siendo instaladas por otra instancia pública o privada, se encuentren controladas y dirigidas por las mencionadas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- otra de ámbito objetivo, que la instalación tenga por objeto la cobertura de alguna de las finalidades previstas en el artículo 1, en relación con el 4, de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que básicamente se circunscriben a la prevención y, en su caso, persecución de infracciones relacionadas con la seguridad ciudadana.

Ahora bien, la repetida Ley Orgánica no establece claramente a quién corresponde el hecho material de la instalación de las videocámaras, salvo en el caso de las utilizadas para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, que se atribuye a la autoridad encargada de la regulación del tráfico a los fines previstos en el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Disposición Adicional Octava).

En los restantes casos, la Ley hace referencia a «instalaciones fijas de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (artículo 3, apartado 1, y Disposición Adicional Segunda), sin especificar si tales instalaciones deben efectuarse materialmente por dichas Fuerzas y Cuerpos o mediante contratación de empresas dedicadas a tal fin. En cualquier caso, y en el supuesto de empresas instaladoras, no se exige –ni siquiera implícitamente– que éstas sean empresas de seguridad privada autorizadas e inscritas para la actividad de instalación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad.

Por su parte, dentro del ámbito de la seguridad privada, las instalaciones fijas de videocámaras deberán ser efectuadas por empresas instaladoras debidamente habilitadas y registradas por este Ministerio. Dichas instalaciones, como norma general, no deberán efectuarse en las vías públicas (pues la seguridad en las vías públicas queda fuera del ámbito de actuación de la seguridad privada, salvo casos excepcionales) y tendrán como finalidad el incremento o mejora de la seguridad respecto de las personas, bienes, servicios y establecimientos a cuya protección, vigilancia o custodia responda su instalación.

El artículo 5 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, atribuye exclusivamente a las empresas de seguridad la instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad, e igual previsión contiene el artículo 1 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre.

De conformidad con lo previsto en el artículo 39 y siguientes del citado Reglamento, así como en el apartado vigésimo cuarto de la Orden de 23 de abril de 1997, por la que se concretan determinados aspectos en materia de empresas de seguridad, la instalación de aparatos, dispositivos y sistemas electrónicos de seguridad, cuando tengan por finalidad prevenir el robo o la intrusión y la activación de los mismos sea susceptible de producir una intervención policial, habrá de ser efectuada por una empresa autorizada e inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad de la Dirección General de la Policía.

En la actividad de instalación y mantenimiento de los sistemas de seguridad privada definidos en el apartado vigésimo cuarto de la citada Orden Ministerial de 23 de abril de 1997, se incluyen todas aquellas actividades técnicas directamente vinculadas a la consecución del efectivo funcionamiento de los dispositivos. Por el contrario –como es lógico–, las actividades auxiliares o complementarias necesarias para el acabado total de la instalación de los sistemas de seguridad, pero no relacionadas directamente con su función de seguridad (albañilería, carpintería, pintura, etc.), pueden ser directamente realizadas o subcontratadas con empresas no inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad.

No obstante la vigencia de las consideraciones y criterios anteriores, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de junio de 2005, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina núm. 281/2002, ha realizado una interpretación de determinados preceptos de la normativa de seguridad privada en relación con los conceptos «servicios y actividades de seguridad

privada», diferenciando la prestación de servicios de seguridad privada de las conductas de mera colocación o instalación de equipos de seguridad, quedando estas últimas excluidas del tipo infractor previsto en el artículo 22.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

Ello implica, desde el punto de vista técnico-jurídico, que la mera instalación de sistemas de seguridad no supone la «prestación de un servicio de seguridad» y, por lo tanto, no puede calificarse como infracción muy grave del artículo 22.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

Ello no obstante, y en todo caso, la Sentencia afirma que las empresas que realizan la instalación de sistemas de seguridad tienen la obligación de hallarse inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad de este Ministerio.

En consecuencia, cabe considerar que la prestación del servicio de instalación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad en los términos previstos en el artículo 39 y siguientes del Reglamento de Seguridad Privada (aprobación del material, certificado de instalación, revisiones, averías, manuales del sistema, etc.) corresponde en exclusiva a las empresas inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad para la actividad de instalación y mantenimiento de dichos aparatos, dispositivos o sistemas.

Por el contrario, las actividades o conductas en las que se concreta el hecho físico de la instalación, no tienen por qué ser necesariamente realizadas por empresas que estén inscritas en dicho Registro como Empresas de Seguridad.

En conclusión, esta Secretaría General Técnica considera que las instalaciones fijas o móviles de videocámaras cuya utilización y control corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán ser instaladas por las propias Fuerzas y Cuerpos o por cualquier persona física o jurídica autorizada para ello, sin que deba tratarse necesariamente de una empresa de seguridad inscrita para tal actividad, si bien, a juicio de este Centro Directivo, resultaría conveniente la aplicación de la normativa de seguridad privada en lo que se refiere a la actividad de instalación, al no existir ninguna otra sobre dicho aspecto.

En el caso de videocámaras instaladas en empresas, entidades u organismos públicos o privados, en su caso, habrá de distinguirse según las mismas vayan a ser utilizadas y controladas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuyo caso habrá de estarse a lo señalado en el párrafo anterior, o lo sean por empresas y personal de seguridad privada, en cuyo caso la instalación deberá realizarse por empresas de seguridad debidamente habilitadas a tal

fin, si bien con las matizaciones introducidas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2005».

## **2. SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE INSTALACIONES CONSISTENTES EN CÁMARAS IP Y VIDEOGRABACIONES EN COMERCIOS Y HOSTELERÍA**

En contestación al escrito de un particular, formulando consulta relacionada con la homologación de instalaciones consistentes en cámaras IP y videograbaciones en comercios y hostelería, la Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, emitió el siguiente informe (abril de 2009):

«...Centrándonos ya en el análisis de la cuestión objeto de consulta, cabe formular las siguientes consideraciones:

En el plano normativo que regula la seguridad privada, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, en su artículo 5, y el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, en su artículo 1, atribuyen exclusivamente a las empresas de seguridad «la instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad».

El artículo 39 del citado Reglamento establece que «únicamente podrán realizar las operaciones de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad contra robo e intrusión y contra incendios las empresas autorizadas, no necesitando estar inscritas cuando se dediquen sólo a la prevención de la seguridad contra incendios».

Posteriormente, la Orden Ministerial de 23 de abril de 1997, por la que se concretan determinados aspectos en materia de empresas de seguridad, contribuyó a clarificar más la cuestión, al establecer en su apartado vigésimo cuarto que «a los efectos de la normativa reguladora de la seguridad privada, se entenderá por sistema de seguridad, el conjunto de aparatos o dispositivos electrónicos contra robo e intrusión, cuya activación sea susceptible de producir la intervención policial».

Y continúa diciendo que su instalación deberá ser efectuada por una empresa de seguridad autorizada para dicha actividad y ajustarse a lo dispuesto en los artículos 40 (aprobación de material), 42 (certificado de instalación) y 43 (revisiones) del Reglamento de Seguridad Privada.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que los circuitos cerrados de televisión o los equipos de videovigilancia deben catalogarse como aparatos o dispositivos de seguridad electrónicos, su instalación deberá ser realizada obligatoriamente por empresas de seguridad, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que se trate de aparatos o dispositivos electrónicos, por contraposición a medidas de protección física o de cualquier otro tipo.
- Que, al menos, uno de los motivos de su instalación sea o pueda ser la prevención contra el robo o la intrusión.
- Que la activación de tales aparatos o dispositivos pueda originar, bien de forma inmediata o a posteriori, la intervención policial o judicial, independientemente de que el sistema de seguridad se encuentre o no conectado a una central de alarmas.

Así pues, los titulares de establecimientos o instalaciones que deseen voluntariamente o que, por sus características, vengan obligados a instalar dichos sistemas de seguridad, deberán contratar la instalación y mantenimiento de los mismos con empresas de seguridad autorizadas para la prestación de tales servicios.

Dichas empresas, según deriva del artículo 40 del Reglamento de Seguridad Privada y del apartado vigésimo tercero de la referida Orden de 23 de abril de 1997, deberán cuidar y responder de que los medios materiales o técnicos, aparatos de alarma y dispositivos de seguridad que instalen o utilicen no ocasionen en su funcionamiento daños a personas, molestias a terceros o perjuicios a los intereses generales

Al tratarse de un sistema de seguridad contra robo o intrusión, las señales o imágenes generadas únicamente pueden ser visionadas y tratadas por personal autorizado para las funciones de vigilancia y custodia de personas y bienes, esto es, por vigilantes de seguridad pertenecientes a empresas de seguridad habilitadas e inscritas en el correspondiente Registro de la Dirección General de la Policía, salvo que se conecten a una central de alarmas –en cuyo caso podrán ser visionadas por operadores o técnicos que no sean necesariamente personal de seguridad privada– o se visionen por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En el caso de que las imágenes fueran a ser guardadas, lo serán en sus soportes originales, durante un período mínimo de quince días desde su fecha de grabación y únicamente podrán ser visualizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por las autoridades judiciales correspondientes

como medio de identificación de los autores o circunstancias de hechos delictivos, debiendo inutilizarse los contenidos y las imágenes una vez transcurra dicho plazo, salvo que se dispusiera lo contrario por las autoridades judiciales o policiales a las que se hubiera dado conocimiento de tales hechos.

Respecto a la utilización de videocámaras en el ámbito de la seguridad privada, actualmente no se ha desarrollado la normativa prevista en la Disposición Adicional Novena de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, sobre utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, que establece la obligación del Gobierno de adaptar los principios inspiradores de dicha Ley Orgánica al ámbito de la seguridad privada.

En ausencia de normativa específica, la gestión, destrucción o, en su caso, conservación de las imágenes, ha de respetar el contenido de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, siendo responsabilidad –que, en su caso, podría llegar a ser penal– de los titulares de la instalación por el uso indebido que pudiera hacerse de las imágenes grabadas.

Finalmente, sería necesario tener en cuenta también lo regulado por esta última Ley Orgánica para el supuesto de que las imágenes grabadas tengan la consideración de dato personal y pudieran ser incorporadas a un fichero.

A este respecto, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de los sistemas de cámaras o videocámaras, determina que la imagen captada por estos dispositivos debe ser considerada como un dato de carácter personal, ordenando «colocar en las zonas video vigiladas» un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados (artículo 3.a).

Por su parte, el apartado b) del mismo artículo obliga a los titulares de las instalaciones a tener a disposición de los interesados los impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

El contenido y diseño del distintivo informativo deberá ajustarse a lo previsto en el Anexo de la citada Instrucción, que incluye una referencia a la repetida Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, la finalidad para la que se tratan los datos y una mención expresa a la identificación del responsable

ante quien pueden ejercitarse los derechos a los que se refiere dicha Ley Orgánica (este distintivo puede descargarse en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos: [www.agpd.es](http://www.agpd.es)).

El artículo 4 de la citada Instrucción, bajo el epígrafe «Principios de calidad, proporcionalidad y finalidad del tratamiento», dispone lo siguiente:

- «1. De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, las imágenes sólo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras.
2. Sólo se considerará admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.
3. Las cámaras y videocámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas. En todo caso, deberá evitarse cualquier tratamiento de datos innecesario para la finalidad perseguida».

De todo cuanto antecede y en respuesta concreta a la cuestión que se suscita, cabe formular las siguientes conclusiones:

1. La instalación y mantenimiento de las cámaras de seguridad deberá contratarse con empresa de seguridad autorizada e inscrita para la prestación de tales servicios.

En la actividad de instalación y mantenimiento de los sistemas de seguridad privada definidos en el apartado vigésimo cuarto de la citada Orden Ministerial de 23 de abril de 1997, se incluyen todas aquellas actividades técnicas directamente vinculadas a la consecución del efectivo funcionamiento de los dispositivos. Por el contrario –como es lógico–, las actividades auxiliares o complementarias necesarias para el acabado total de la instalación de los sistemas de seguridad, pero no relacionadas directamente con su función de seguridad (albañilería, carpintería, pintura, etc.), pueden ser directamente realizadas o subcontratadas con empresas no inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad.

No obstante la vigencia de las consideraciones y criterios anteriores, el Tribunal Supremo, en Sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina de 14 de junio de 2005, ha realizado una interpretación de determinados preceptos de la normativa de seguridad privada en relación con los conceptos «servicios y actividades de seguridad privada», diferenciando la prestación de servicios de seguridad privada de las conductas de mera colocación o instalación de equipos de seguridad, quedando estas últimas excluidas del tipo infractor previsto en el artículo 22.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

Ello implica, desde el punto de vista técnico-jurídico, que la mera instalación de sistemas de seguridad no supone la «prestación de un servicio de seguridad» y, por lo tanto, no puede calificarse como infracción muy grave del artículo 22.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

Ello no obstante, y en todo caso, la Sentencia afirma que las empresas que realizan la instalación de sistemas de seguridad tienen la obligación de hallarse inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad de este Ministerio.

En consecuencia, cabe considerar que la prestación del servicio de instalación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad en los términos previstos en el artículo 39 y siguientes del Reglamento de Seguridad Privada (aprobación del material, certificado de instalación, revisiones, averías, manuales del sistema, etc.) corresponde en exclusiva a las empresas inscritas en el Registro de Empresas de Seguridad para la actividad de instalación y mantenimiento de dichos aparatos, dispositivos o sistemas.

Por el contrario, las actividades o conductas en las que se concreta el hecho físico de la instalación no tienen porque ser necesariamente realizadas por empresas que estén inscritas en dicho Registro como Empresas de Seguridad.

2. La obligación de instalación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad por empresas autorizadas e inscritas para tal actividad es independiente de que las cámaras graben imágenes o se visionen en tiempo real.

3. Las imágenes generadas sólo pueden ser visionadas y tratadas por vigilantes de seguridad integrados en empresas de seguridad habilitadas e inscritas para esta actividad en el Registro de Empresas de Seguridad, salvo que la instalación esté conectada a una central de alarmas explotada por la correspondiente empresa de seguridad habilitada o, en su caso, salvo que las imágenes fuesen directamente visualizadas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En todo caso, si las imágenes fuesen a ser guardadas, se conservarán en sus soportes originales durante un período de quince días a disposición de las autoridades judiciales y policiales.

4. Actualmente existe un vacío normativo en cuanto a la regulación de la utilización de videocámaras en el ámbito de la seguridad privada por lo que la instalación de las mismas puede dar lugar a responsabilidades en el caso de producirse intromisión ilegítima en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

5. En el caso de que las imágenes pudieran ser consideradas como dato personal y ser incorporadas a un fichero, el tratamiento de tales datos requeriría el consentimiento del afectado, siendo, además, de aplicación todo el régimen de garantías y prescripciones establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre».

### **3. SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS VIGILANTES DE SEGURIDAD PUEDAN UTILIZAR SPRAYS DE DEFENSA PERSONAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES**

En contestación al escrito de un particular, formulando consulta sobre la posibilidad de que los vigilantes de seguridad puedan utilizar sprays de defensa personal en el ejercicio de sus funciones, esta Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, ha manifestado el siguiente criterio (septiembre de 2009):

«... Centrándonos ya en el análisis de la cuestión objeto de consulta, cabe formular las siguientes consideraciones:

El régimen jurídico del personal de seguridad privada, tanto en lo que se refiere a su estatuto personal como a las funciones que tiene encomendadas, está contemplado en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y en sus normas de desarrollo, en especial, el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, y en la Orden de 7 de julio de 1995, por la que se da cumplimiento a diversos aspectos del Reglamento de Seguridad Privada sobre personal.

Con arreglo al citado Reglamento (artículo 86.2), «los vigilantes de seguridad portarán (fórmula imperativa) la defensa que se determine por el Ministerio de Justicia e Interior, en los supuestos que asimismo se determinen por dicho Ministerio».

La determinación de las características de la defensa y los supuestos para su uso se llevó a cabo en la citada Orden de 7 de julio de 1995, cuyo apartado vigésimo sexto establece lo siguiente:

«La defensa reglamentaria de los vigilantes de seguridad será de color negro, de goma semirrígida, forrada de cuero, y de 50 cm. de longitud; y los grilletes serán de los denominados «de manilla».

Los vigilantes de seguridad portarán la defensa en la prestación de su servicio, salvo cuando se trate de la protección del transporte y distribución de monedas y billetes, títulos-valores, objetos valiosos o peligrosos y explosivos.

La Dirección General de la Policía, previa solicitud de la empresa de seguridad, podrá autorizar la sustitución de la defensa reglamentaria por otras armas defensivas, siempre que se garantice que sus características y empleo se ajusten a lo prevenido en el Reglamento de Armas».

Los preceptos transcritos suscitan las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y como ya se ha dicho en numerosas ocasiones, la filosofía que preside la Ley 23/1992, de 30 de julio, es que los servicios de seguridad privada, como norma general, se presten sin armas de fuego, previéndose la autorización del uso de las mismas sólo en los supuestos que reglamentariamente se determinen, siendo uno de ellos, precisamente, el transporte de dinero, valores y objetos valiosos, así como de armas y explosivos.

En contrapartida, y también como norma general, la prestación de los servicios de seguridad privada se llevará a cabo portando siempre la defensa reglamentaria. Las únicas excepciones a dicha norma vienen constituidas por los supuestos en que la defensa de goma es sustituida por armas de fuego, bien por tratarse de servicios que necesariamente han de prestarse con dichas armas, bien por haberse obtenido autorización policial o gubernativa para ello, en función de la naturaleza del servicio a prestar o de las características de los establecimientos, entidades o inmuebles a proteger.

En consecuencia, la vigente normativa de seguridad privada impone a los vigilantes de seguridad la tenencia y el uso de la defensa de goma en todas las prestaciones de servicios, salvo cuando por aplicación directa de la normativa o por autorización policial o gubernativa se sustituya la misma por el arma de fuego reglamentaria.

A mayor abundamiento, debe señalarse que son, entre otras cosas, obligaciones como las de portar la defensa o, en su caso, el arma, la uniformidad

reglamentaria, y los emblemas y distintivos correspondientes, las que diferencian al personal de seguridad privada de otro tipo de personal que no está habilitado para el desempeño de funciones de vigilancia y seguridad. De ahí que el incumplimiento de tales obligaciones tenga su correspondiente reflejo en el régimen sancionador del personal de seguridad privada (artículo 153.1 del Reglamento de Seguridad Privada).

Sin perjuicio de lo anterior, el apartado vigésimo sexto de la Orden Ministerial de 7 de julio de 1995, en su párrafo tercero, establece que la Dirección General de la Policía, previa solicitud de la empresa de seguridad, podrá autorizar la sustitución de la defensa reglamentaria, por otras armas defensivas, siempre que se garantice que sus características y empleo se ajusten a lo prevenido en el Reglamento de Armas.

El precepto aludido deja a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil la facultad de conceder o no la sustitución de la defensa reglamentaria por otras armas defensivas, pero la solicitud debe realizarla expresamente la empresa de seguridad y no los vigilantes, como se deduce del tenor literal del precepto aludido.

Por tanto, la uniformidad y los medios de defensa son proporcionados a los vigilantes por las empresas de seguridad en las que se encuentren integrados, para su utilización exclusivamente en el desempeño de las funciones y servicios que tuvieren asignados. En consecuencia, la titularidad de los mismos recae en las empresas de seguridad, sin que el vigilante de seguridad pueda proporcionarse o dotarse a sí mismo de otros medios de defensa no autorizados para el desempeño de tales funciones y servicios.

Ello no obstante, cabe la posibilidad de que los vigilantes de seguridad estén dotados de sprays, pero esta decisión debe adoptarla la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, previa solicitud de la empresa de seguridad correspondiente y después de considerar si este medio de defensa puede sustituir adecuadamente a la defensa reglamentaria, valorando si este tipo de armas son las válidas para la función genérica de prevención que han de realizar los vigilantes de seguridad y se ajustan a lo prevenido por el Reglamento de Armas, habiendo sido, además, aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Sobre este particular cabe señalar que el artículo 5 del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, dice lo siguiente:

- «1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan sus respectivas normas reglamentarias, de: ...
- b) Los «sprays» de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancias estupefacientes, tóxicas o corrosivas.

De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los «sprays» de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia».

En consecuencia, para la adquisición de los «sprays» de defensa personal permitidos, cuya venta se realiza exclusivamente en armerías, el único requisito que exige el Reglamento de Armas es acreditar ser mayor de edad, no siendo necesario ningún otro tipo de autorización.

Por lo que respecta a otros tipos de «sprays» no contemplados en la excepción ya citada, su tenencia y uso, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 del Reglamento de Armas, está prohibida salvo a funcionarios especialmente habilitados para ello, debiendo estarse a lo que dispongan sus respectivas normas reglamentarias.

De todo cuanto antecede, y en respuesta a la cuestión concreta que se suscita, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1. Los medios de defensa que los vigilantes de seguridad tienen que utilizar en el ejercicio de sus funciones, son: el arma –en su caso–, la defensa de goma y los grilletes establecidos reglamentariamente.

2. La sustitución de la defensa por otro medio defensivo deben solicitarla las empresas y no los vigilantes que, además, no pueden dotarse de otros medios de defensa distintos de los proporcionados por la empresa para el desempeño de los servicios que tengan asignados.

Cuestión distinta es que el vigilante, como cualquier otro particular, pueda adquirir en los establecimientos autorizados sprays de defensa personal permitidos por el Ministerio de Sanidad y Consumo, los cuales no podrán ser utilizados en el ejercicio de sus funciones salvo que la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil así lo haya autorizado.

3. En definitiva, será la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil la que, previo estudio de la solicitud formulada por la empresa de seguridad en la que se encuentre integrado el vigilante de seguridad, autorice la sustitución de la defensa reglamentaria por el spray u otra arma defensiva, siempre que se ajuste a lo prevenido por el Reglamento de Armas».

## Referencias

<sup>1</sup> Los informes o respuestas que emite este Centro Directivo tienen un carácter meramente informativo y orientativo –nunca vinculante– para quien los emite y para quien los solicita, sin que quepa atribuir a los mismos otros efectos o aplicaciones distintos del mero cumplimiento del deber de servicio a los ciudadanos (artículo 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado) y, obviamente, nada tienen que ver con los informes preceptivos a que se refieren los artículos 22.2 y 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con el procedimiento de elaboración de leyes y reglamentos.

Asimismo, debe señalarse que, como norma general, cualquier consulta o petición dirigida a una Unidad del Ministerio del Interior deberá formularse, bien mediante escrito dirigido y remitido por correo ordinario a la Unidad de que se trate, bien mediante correo electrónico a través de la página web del Departamento (estafeta@mir.es).

RESPUESTAS DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA  
A CONSULTAS SOBRE MATERIA DE INSCRIPCIÓN  
REGISTAL DE ASOCIACIONES

**1. POSIBILIDAD DE REACTIVACIÓN DE UNA FEDERACIÓN  
DE ASOCIACIONES SOBRE LA QUE NO HAY  
CONSTANCIA REGISTRAL DE SU EXISTENCIA  
DESDE EL AÑO 1971**

En el Registro Nacional de Asociaciones se ha recibido la consulta del Presidente de una Asociación que agrupa a un colectivo profesional, que cree que su representada formó parte de una Federación de Asociaciones referida al mismo colectivo, y solicita información sobre la situación registral de la Federación con objeto de proceder a su reactivación.

Por el Área encargada de la gestión del Registro Nacional de Asociaciones se le ha enviado copia de la Hoja Registral de la Federación de asociaciones y de las últimas actas depositadas en el mismo, indicándole que con posterioridad a la fecha de 11 de diciembre de 1971, fecha de la última acta aportada, no se ha incorporado al Registro ningún otro documento que acredite la existencia o actividad de la entidad.

Se le ha dado información igualmente de que no obstante el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que regula actualmente el Derecho de Asociación, no hay constancia registral de que la referida Federación continúe en funcionamiento, ni de que haya observado los trámites de adaptación estatutaria que establece la Disposición adicional primera de la citada Ley Orgánica.

También se le ha informado de los trámites que debía seguir la Federación de Asociaciones, para poder acceder a la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de su adaptación a la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, siempre que pueda acreditar la continuidad de su

existencia y funcionamiento, ofreciéndole el acceso a la siguiente dirección: <http://www.mir.es/SGACAVT/asociaciones/inscripcion/leyorganica.htm>

Por otra parte, se le ha informado al consultante, para el supuesto de que no pudiera acreditarse en forma ante el Registro Nacional de Asociaciones la existencia de la entidad y la vigencia de sus órganos de representación, sobre la posibilidad de crear una nueva entidad federativa cuyo nombre no confunda con la Federación anterior, que agrupase a las asociaciones de la respectiva rama o colectivo profesional que voluntariamente se adhieran a ese proyecto, pudiéndose reflejar en el acta fundacional que los promotores se consideran continuadores de los objetivos que persiguió la entidad federativa a la que el consultante alude. Todo ello amparándose en el principio de libertad de asociación que determina el artículo 22 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002. Para facilitarles esta opción, se le ha ofrecido consultar la información sobre inscripción de federación de asociaciones que se tiene publicada en Internet: <http://www.mir.es/SGACAVT/asociaciones/inscripcion/uniones.html>

## **2. CONTABILIDAD QUE DEBEN LLAVAR LAS «ASOCIACIONES VECINALES» Y FORMALIDADES QUE DEBEN CUMPLIR LOS LIBROS SOCIALES**

Se ha recibido en el Registro Nacional de Asociaciones el escrito de una Asociación de vecinos inscrita en el Registro Autonómico de Asociaciones de Valencia, pidiendo información sobre la contabilidad que deben llevar las «asociaciones vecinales» y las formalidades que deben observar los libros de actas y de contabilidad de dichas entidades. Al respecto se ha informado de lo siguiente:

Determinar o pronunciarse sobre el tipo de contabilidad que deben llevar las asociaciones de vecinos, es un tema que excede de las competencias que en materia de inscripción y publicidad de asociaciones tiene asignadas el Registro Nacional de Asociaciones.

Por lo que respecta a las asociaciones de utilidad pública que sean de la competencia del Registro Nacional de Asociaciones, que deben rendir cuentas todos los años ante la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, se considera que les es aplicable el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos; si bien, teniendo en cuenta las modificaciones que resultan de la entrada en vigor el 1 de enero de 2008 del

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Ambas normas son de aplicación en los términos previstos en los mencionados Reales Decretos para los ejercicios iniciados a partir de dicha fecha de 1 de enero de 2008.

Por otra parte, en cuanto a las obligaciones documentales y contables generales de toda asociación, el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE nº 73, de 26 de marzo de 2002), establece que las asociaciones deberán «...llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación. Deberán llevar su contabilidad conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación.» Al no venir regulada ninguna particularidad que singularice a dichas asociaciones de vecinos, parece que deberán observar lo previsto en la referida disposición, acudiendo a las normas generales de contabilidad.

Por lo que concierne a los libros de las asociaciones de ámbito de actuación estatal (esto es las que se inscriben en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior), le informo de que la Ley Orgánica antes citada, no establece el formato o requisitos que deban cumplir los libros, ni que la documentación social que menciona en su artículo 14 deba ser diligenciada por el Registro Nacional. El Real Decreto 1479/2003, de 28 de noviembre (BOE 306 de 23 de diciembre de 2003), que la desarrolla, tampoco establece la forma de llevar los libros sociales, ni exige con carácter general que esta documentación deba ser legalizada, diligenciada o sellada por el Registro Nacional. Igualmente, no puede deducirse de la referida normativa, que los libros de una asociación de la competencia registral del Estado puedan ser diligenciados en los Registros de Asociaciones de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a las asociaciones mencionadas en el apartado anterior, lo indicado no significa que éstas queden exoneradas de observar otras formalidades o trámites que resulten exigibles con arreglo a lo que puedan disponer normas de carácter civil, económico o fiscal, en razón de los fines, actividades o de cualquier otra circunstancia que concurra en la entidad.

Sin perjuicio de lo indicado, en el ámbito asociativo interno y a efectos de publicidad de los acuerdos sociales, en principio, sería el Secretario con el

Visto Bueno del Presidente de la Asociación, con sus firmas, o quienes tengan asignadas esas funciones dentro de los órganos de gobierno y representación de la Asociación, según sus Estatutos, quienes deben dar fe del contenido de la documentación social, ya que éste es el requisito formal que se exige por parte del Registro Nacional de Asociaciones para acordar la inscripción o depósito registral de la documentación a que se refiere el artículo 28 de la Ley Orgánica 1/2002.

Con respecto a las asociaciones inscritas en los Registros Autonómicos de Asociaciones, y sus obligaciones documentales, cabe indicar que por algunas Comunidades Autónomas, con competencias exclusivas sobre la materia de asociaciones, puede haberse regulado alguna particularidad específica que altere el régimen general establecido por la Ley Orgánica 1/2002.

**LEGISLACIÓN  
Y JURISPRUDENCIA**



SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS  
HUMANOS SOBRE EL ASUNTO «HERRI BATASUNA  
Y BATASUNA CONTRA ESPAÑA»<sup>1</sup>

QUINTA SECCIÓN

**ASUNTOS  
HERRI BATASUNA  
y  
BATASUNA  
c. ESPAÑA**

*(Demandas n.º. 25803/04 y 25817/04)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

30 de junio de 2009

**DEFINITIVA**

**6/11/2009**

*Esta sentencia podrá sufrir retoques de forma.*

**En los asuntos Herri Batasuna y Batasuna c. España,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (quinta sección), reunido en sala formada por:

Peer Lorenzen, *presidente*,  
Rait Maruste,  
Karel Jungwiert,  
Renate Jaeger,  
Marco Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *jueces*,

Alejandro Saiz Arnaiz, *juez ad hoc*,  
y de Claudia Westerdiek, *secretario de sección*,

Después de haber deliberado el 23 de junio de 2009,

Ha dictado y adoptado en esa fecha la presente sentencia:

## PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentran dos demandas (nº. 25803/04 y 25817/04) dirigidas contra el Reino de España y en las que dos partidos políticos, Herri Batasuna y Batasuna («los demandantes»), recurrieron al Tribunal el 19 de julio de 2004 con arreglo al artículo 34 del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»).

2. Los demandantes están representados ante el Tribunal por el letrado D. Rouget, del Ilustre Colegio de Saint-Jean-de-Luz. El Gobierno español («el Gobierno») está representado por su Abogado del Estado, D. I. Blasco, jefe del Servicio Jurídico para los Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. Apoyándose en los artículos 10 y 11 del Convenio, los partidos demandantes alegan en particular que su disolución ha implicado violación de su derecho a la libertad de expresión y de su derecho a la libertad de asociación. Se quejan del carácter no accesible e imprevisible de la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de 2002 de Partidos Políticos, dado su carácter de ley singular, así como de la aplicación retroactiva de dicha ley y de la ausencia de finalidad legítima, teniendo por objetivo la eliminación del debate y la privación de su derecho a la libertad de expresión. Consideran que la medida tomada contra ellos no era necesaria en una sociedad democrática y que ha vulnerado el principio de proporcionalidad. Por último, el primer demandante ha puesto de manifiesto que su última actividad a la que se refieren los hechos probados en la sentencia del Tribunal Supremo, se ha realizado un año antes de la entrada en vigor del LOPP, y que se disolvió aunque el Tribunal Supremo no haya podido probar ninguna actividad del partido tras la entrada en vigor de la mencionada ley, que, por tanto, se le aplicó con carácter retroactivo.

4. La sala resolvió acumular las demandas (artículo 42.1 del Reglamento).

5. Por decisión de 11 de diciembre de 2007, la sala admitió parcialmente las demandas.

6. El 1 de julio de 2008 la sala notificó a las partes su intención de inhibirse en favor de la Gran Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.1 del Reglamento. Basándose en lo dispuesto en el artículo 72.2, el Gobierno se opuso a la declinación de la competencia. Por ello, la Sala siguió conociendo del asunto.

7. Tanto los demandantes como el Gobierno presentaron alegaciones complementarias por escrito (artículo 59.1 del Reglamento). Oídas las partes, la Sala decidió que no procedía fijar una vista para tratar del fondo del asunto (artículo 59.3 *in fine* del Reglamento).

## HECHOS

### I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

8. El primer demandante, el partido político Herri Batasuna, fue fundado el 5 de junio de 1986.

9. El segundo demandante, el partido político Batasuna, fue fundado el 3 de mayo de 2001.

#### A. Origen del asunto

10. El 27 de junio de 2002, el Parlamento español aprobó la ley orgánica 6/2002 sobre partidos políticos («LOPP»). Según su exposición de motivos, esta ley tenía por objeto desarrollar los artículos 1, 6, 22 y 23 de la Constitución modificando y actualizando la ley 54/1978 de 4 de diciembre de 1978 sobre partidos políticos, y esto teniendo en cuenta la experiencia acumulada durante estos años y creando un marco jurídico coherente y completo para los partidos políticos y acorde con su papel en una democracia consolidada.

11. Las principales novedades introducidas por la nueva ley figuran en el capítulo II relativo a la organización, funcionamiento y actividades de los partidos políticos y en el capítulo III relativo a su disolución o suspensión judicial.

12. El capítulo II contiene los principales requisitos que permiten garantizar el cumplimiento del mandato constitucional según el cual la organización y el funcionamiento de los partidos políticos deben ser democráticos y sus actividades libres de acuerdo con la Constitución y la ley. El artículo 9 de

la ley tiene por objeto garantizar el respeto por parte de los partidos de los principios democráticos y de los derechos humanos. Para ello, la ley enumera de manera detallada las conductas que vulneran estos principios. De acuerdo con la exposición de motivos, la ley parte del principio de que todo proyecto u objetivo es compatible con la Constitución siempre y cuando no se persiga por medio de actividades que violan los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos. La ley no tiene por finalidad prohibir defender ideas o doctrinas, ni siquiera cuando éstas cuestionan el marco constitucional, sino que su objetivo es conciliar libertad y pluralismo con el respeto de los derechos humanos y la protección de la democracia. Según la exposición de motivos, la disolución de los partidos exige la reiteración o la acumulación de acciones que pongan de manifiesto de manera irrefutable una conducta de ruptura con la democracia y que atenten contra los valores constitucionales, la democracia y los derechos de los ciudadanos. A tal efecto, los párrafos a), b) y c) del art. 9.2 marcan claramente la frontera entre las organizaciones que defienden sus ideas o programas, cualesquiera que sean, cumpliendo rigurosamente los métodos y principios democráticos, y las que fundan su acción política sobre la connivencia con la violencia, el apoyo –político– a organizaciones terroristas o sobre la violación de los derechos de los ciudadanos o de los principios democráticos.

13. El capítulo III recoge los motivos que pueden acarrear la disolución o la suspensión judicial de los partidos políticos así como el procedimiento jurisdiccional. A este respecto, la ley atribuye la competencia para conocer de los casos de disolución de los partidos a la «sala especial» del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («el LOPJ»). Por otra parte, la Ley establece un procedimiento específico, preferente y organizado alrededor de un único grado de jurisdicción, que puede incoarse sólo por parte de la Fiscalía o del Gobierno por iniciativa propia o a instancia del Congreso o del Senado. De acuerdo con la exposición de motivos de la LOPP, el procedimiento previsto tiende a conciliar, la seguridad jurídica y los derechos de defensa con la necesaria celeridad y el respeto a un proceso sin dilaciones indebidas. Una sentencia dictada por el Tribunal Supremo sólo puede ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional. El artículo 12 recoge los efectos de la disolución judicial de un partido político. Después de la notificación de la sentencia, el partido en cuestión deberá cesar toda actividad. Por otra parte, se prohíbe la constitución de una formación política o la utilización de otro partido ya existente con el fin de proseguir las actividades del partido declarado ilegal y disuelto. Para poder apreciar esta continuidad, el Tribunal Supremo se basa en la existencia de una « semejanza sustancial » entre la estructura, la organización o el funciona-

miento de los partidos, o en otros elementos de prueba como la identidad de sus miembros o dirigentes, sus medios de financiación o su apoyo a la violencia o al terrorismo. Los bienes de un partido político disuelto serán liquidados e ingresados en el Tesoro público para fines sociales y humanitarios.

14. La LOPP se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de junio de 2002 y ha entrado en vigor al día siguiente.

## **B. Procedimiento de disolución de los demandantes**

15. Los hechos de los que trae causa el pleito, tal y como fueron expuestos por las partes, pueden resumirse del siguiente modo.

### *1. Constitución de los demandantes como partidos políticos*

16. La organización política Herri Batasuna se constituyó como coalición electoral, participando en las elecciones generales del 1 de marzo de 1979 (primeras elecciones en España después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978). El 5 de junio de 1986, Herri Batasuna se inscribió en el registro de partidos políticos del Ministerio del Interior.

17. Tras la condena por el Tribunal Supremo, el 1 de diciembre de 1997, de veintitrés miembros de la dirección nacional de Herri Batasuna a penas de prisión por colaboración con banda armada, el 2 de septiembre de 1998, se constituyó a *Euskal Herritarrok* («EH») con vistas a presentarse a las elecciones vascas de 25 de octubre de 1998, en un primer momento como asociación de electores y sucesivamente como partido político.

18. Con fecha 3 de mayo de 2001, el demandante Batasuna presentó en el registro de partidos políticos los documentos para su inscripción como partido político.

### *2. Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno autónomo del País Vasco contra la LOPP*

19. El 27 de septiembre de 2002, el Gobierno autónomo del País Vasco presentó recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP y, en particular, contra sus artículos 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 4.3, 5.1, 6 y 9, el capítulo III (artículos 10 a 12) y el 2º párrafo de la disposición transitoria única.

20. En sentencia de 12 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de ley. Tratándose de la existencia misma de la ley en cuestión, que prevé la disolución de los partidos políticos y de su finalidad que sería, según el Gobierno vasco, «la supuesta instauración de un modelo de democracia militante en virtud del cual uno de los límites impuestos a los partidos políticos consistiría en la necesidad de aceptar un determinado régimen o sistema político ignorando lo previsto en el texto constitucional», la alta jurisdicción precisó lo que sigue:

«El Gobierno recurrente fundamenta la afirmación anterior en las referencias contenidas en diversos apartados de los arts. 6, 9 y 10 LOPP a los «valores constitucionales expresados en los principios constitucionales y en los derechos humanos» (art. 9.1), a «los principios democráticos» (arts. 6 y 9.2), al «régimen de libertades» y al «sistema democrático» [arts. 9.2 y 10.2 c)] y al «orden constitucional» y a la «paz pública» [art. 9.2 c)]. Con independencia de que el sentido jurídico de esas referencias sólo puede alcanzarse en el contexto de la totalidad del precepto que en cada caso las contiene y de que, a su vez, el precepto en cuestión debe ser objeto de una interpretación integrada en el conjunto de la Ley y de todo el ordenamiento, ha de coincidir con el Gobierno Vasco en que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. (...) La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que «los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal», de suerte que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos». Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, «conductas», es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar.

(...) En segundo término, y sobre todo, es evidente que los principios y valores referidos por la Ley sólo pueden ser los proclamados por la Constitución, y su contenido y alcance vienen dados por el sentido que resulta de la interpretación integrada de los preceptos constitucionales positivos. Así, los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo

una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).»

21. Por lo que se refiere al supuesto ataque a los derechos fundamentales a la libertad ideológica, de participación, de expresión y de información, basándose en el hecho de que las disposiciones de la ley, y en particular, algunos supuestos contemplados en el art. 9.3 (apoyo tácito, por ejemplo), consagrarían una «democracia militante», el Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente:

«(...) ha de efectuarse previamente una descripción del sistema que constituyen los tres primeros números del art. 9 LOPP. En el primero se habla, no de ninguna clase de vinculación positiva, sino del simple respeto a los valores constitucionales, respeto que ha de guardarse por los partidos en su actividad y que es compatible con la más plena libertad ideológica. En el número 2 se subraya que un partido será declarado ilegal solamente «cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave», y a continuación se enumeran, en los apartados a), b) y c), los requisitos genéricos que ha de reunir la conducta de los partidos para poder fundamentar la declaración de ilegalidad. (...) En cuanto al número 3 del art. 9 LOPP, la defectuosa redacción de su encabezamiento puede hacer pensar que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior y que, por lo tanto, han de ser interpretadas con independencia de ellas. Sin embargo, la interpretación sistemática de ambos preceptos y la de todo el artículo en el que se incardinan obliga a entender que en las conductas descritas en el número 3 del art. 9 han de concurrir los rasgos genéricos a que se refiere el número 2 del mismo precepto. Las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP no son sino una especificación o concreción de los supuestos básicos de ilegalización que, en términos genéricos, enuncia el art. 9.2 de la propia Ley; de tal manera que la interpretación y aplicación individualizada de tales conductas no puede realizarse sino con vinculación a los referidos supuestos contenidos en el art. 9.2.

Esto sentado, y sin que corresponda al Tribunal Constitucional determinar si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión.

Y lo mismo cabe decir, en general, respecto a la previsión contenida en la letra c) del art. 10.2 LOPP: «Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el art. 9». También aquí es necesario señalar que el precepto se circunscribe a la actividad de los partidos políticos, sin extenderse a sus fines u objetivos programáticos. Por tanto, en los términos de este precepto, sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente «deteriorar o destruir el régimen de libertades».

22. A pesar de que el Gobierno Vasco contestaba la desproporción de la medida de disolución prevista en la ley, el Tribunal Constitucional respondió:

«(...) ninguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas «de forma reiterada y grave» como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [*Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía* n.º. 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, 31 de julio de 2001].

(...) no basta la realización de uno solo de los comportamientos descritos en la Ley. Se exige, por el contrario, que se realicen «de forma reiterada y grave» (art. 9.2) o por «repetición o acumulación» (art. 9.3). (...) A pesar de tratarse, en definitiva, de conductas de singular gravedad, sólo se concede relevancia, a efectos de erigirlas en causas de disolución, a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos.

(...) Se respetan, en definitiva, los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos (*Asunto Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, Recopilación de sentencias y decisiones 1998-I, *Asunto Partido Socialista y otros contra Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, Recopilación 1998-III, Partido Socialista contra Turquía, *Asunto Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía* nº 23885/94, Recopilación 1999-VIII, *Refah partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía*, nº 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, 31 de julio de 2001, Recopilación 2003-II, *Asunto Yazar y otros contra Turquía*, nº 22723/93, 22724/93 y 22725/93, Recopilación 2002-II, *Asunto Dicle para el Partido de la democracia contra Turquía*, nº 25141/94, 10 de diciembre de 2002), ya que se respetan también las condiciones impuestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos al Convenio, es decir: a) la previsión por ley de los supuestos y causas de disolución (que, obviamente, se cumple por las normas impugnadas, incluidas en una ley formal; b) la legitimidad del fin perseguido (que, como queda dicho, en el caso examinado es la garantía de los procesos democráticos de participación política mediante la exclusión como partido de aquel ente asociativo que no se ajuste a las exigencias que respecto a la actividad, dimanen de la concepción constitucional del partido político); y, c) el carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática (acreditado por el examen precedente de las concretas causas de disolución establecidas en la Ley).

(...) la inclusión regular en los órganos directivos o en las listas electorales de personas condenadas por delitos de terrorismo puede constituir una expresión de solidaridad hacia los métodos del terror, que no se coherente con las exigencias que la Constitución impone a todo partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han «rechazado públicamente los fines y los medios terroristas» no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto en cuestión (art.9.3) sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiendo en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas (...).»

23. Por último, en cuanto a la queja fundada en el principio de irretroactividad avanzado por el Gobierno vasco en relación con el art. 9.4 LOPP y la disposición transitoria única, párrafo 2, el Tribunal se ha expresado en los siguientes términos:

«A los efectos de aplicación del art. 9.4 LOPP, que relaciona los elementos utilizables para apreciar y valorar las actividades que pueden dar lugar a la disolución de un partido político, el párrafo antes mencionado considera fraude de ley «la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley». La redacción del precepto no merece un juicio de inconstitucionalidad, pues queda claro que lo perseguido, en todo caso, es permitir la aplicación del art. 9.4 LOPP «a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica», tal y como advierte la propia Disposición recurrida. Es decir, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002, de suerte que la Ley considera relevantes únicamente las posteriores a su entrada en vigor.

Con otras palabras, por disposición expresa de la Ley, la totalidad del presupuesto que determina la disolución ha de llevarse a cabo bajo su vigencia. Tanto las actividades aisladamente consideradas como «la continuidad y repetición» a las que se refiere el art. 9.4 al que remite la disposición transitoria son posteriores a la entrada en vigor de la LOPP. Y otra cosa es que, a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido de que se trate (y exclusivamente a esos efectos, pues tener en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor de la Ley como base de la ilegalización sería inconstitucional por incurrir en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE), pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama «trayectoria» (art. 9.4 LOPP), que puede comprender comportamientos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; pero, eso no comporta ninguna clase de retroactividad prohibida por la Constitución.»

24. El Tribunal constitucional rechazó también las quejas derivadas del principio del *non bis in ídem*, de la falta de previsibilidad, del carácter singular de la ley, de las particularidades del procedimiento jurisdiccional, así como las alegaciones referentes al régimen de constitución e inscripción en el registro de los partidos políticos. Por consiguiente, desestimó el recurso, precisando en la consideración jurídica nº 23, que los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3, así como la disposición transitoria única, párrafo 2º, de la LOPP sólo eran «constitucionales si se [interpretaban] en los términos señalados en los fundamentos jurídicos 10, 11, 12, 13, 16, 20 y 21 de esta sentencia».

25. El Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentó sucesivamente recurso ante el Tribunal (nº 29134/03), que fue inadmitido por incompatibilidad *ratione personae* con fecha 3 de febrero de 2004.

### 3. Procedimientos para la disolución de los partidos demandantes

26. Mientras tanto, por resolución de 26 de agosto de 2002, el Juzgado central instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional declaró, en el marco de una instrucción penal por asociación ilícita (artículo 515 del Código Penal), la suspensión de las actividades de Batasuna y el cierre, durante tres años, de las sedes y locales que podían ser utilizados por Herri Batasuna y Batasuna. La misma medida se aplicó a EH, que no es demandante ante el Tribunal.

27. El 2 de septiembre de 2002, el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno español y como consecuencia del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 30 de agosto de 2002, entabló ante el Tribunal Supremo acciones para conseguir la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, EH y Batasuna alegando que habrían infringido la nueva LOPP al haber realizado una serie de actividades que demuestran de manera irrefutable una conducta de ruptura con la democracia y los valores constitucionales, el método democrático y los derechos de los ciudadanos.

28. Ese mismo día, el Fiscal General del Estado entabló también acción ante el Tribunal Supremo con vistas a la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, EH y Batasuna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y ss. de la LOPP. Pedía la ilegalización de dichos partidos y que se cancelaran del registro de los partidos políticos así como el cese inmediato de sus actividades y la ampliación de los efectos de la ley a todo partido recientemente creado en contra de lo previsto en la ley o que sucediera a los partidos antes mencionados, la liquidación de sus bienes y su disolución de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.1 LOPP.

29. El 10 de marzo de 2003, Batasuna solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial acerca de la inconstitucionalidad de la LOPP ante el Tribunal Constitucional, al considerar que la ley en su conjunto y, en particular, varios de sus artículos, violaban los derechos a la libertad de asociación, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad de las leyes penales no favorables, de proporcionalidad y *non bis en ídem*, así como el derecho a participar en los asuntos públicos.

30. Por sentencia de 27 de marzo de 2003 pronunciada por unanimidad, el Tribunal Supremo se negó a plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión prejudicial arriba mencionada, incidiendo en que las objeciones planteadas por Batasuna en cuanto a la constitucionalidad de la LOPP ya habían sido examinadas y rechazadas en la sentencia dictada por el Tribunal

Constitucional de 12 de marzo de 2003. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo declaró la ilegalización de los partidos Herri Batasuna, EH y Batasuna y ordenó su disolución porque respondían «a una estrategia de» separación táctica «del terrorismo». Consideró probada la existencia de una coincidencia esencial entre los tres partidos en cuestión, así como entre éstos y la organización terrorista ETA, «tres formaciones sustancialmente de la misma ideología (...) y por añadidura, estrechamente controladas por dicha organización terrorista», y concluyó alegando la existencia de un «solo sujeto real, es decir, la organización terrorista ETA, que se oculta tras esta aparente diversidad de personas jurídicas creadas en distintos momentos en virtud de una» sucesión operativa «previamente concebida por ésta». Fundó su decisión en el art. 9.2 y 9.3 LOPP. Procedió también a la liquidación del patrimonio de los partidos en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en art. 12.1 c) de la misma ley.

31. En su sentencia, el Tribunal Supremo estimó que, si bien los partidos políticos representan el fundamento básico del pluralismo político, sus actividades y la defensa de sus proyectos debían realizarse en el respeto de la legalidad y por medios democráticos. En particular, no podía tolerarse la realización de sus actividades mediante el recurso a la violencia o la restricción de los derechos fundamentales de otros. El Tribunal Supremo se refirió al sistema constitucional español, que, según él, no constituía un modelo de «democracia militante», a diferencia de otros sistemas jurídicos, puesto que la única exigencia impuesta para la expresión de la disconformidad es la del respeto de los derechos de otros. Recordó que la LOPP reconoce que todo proyecto u objetivo es compatible con la Constitución excepto los que se defienden «por medio de actividades que vulneran los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos». A este respecto, solamente la «actividad» de los partidos políticos, expresada por un conjunto de «conductas» graves y realizadas de manera reiterada, podía implicar la ilegalización de un partido de acuerdo con dicha ley. En este caso concreto, según el Tribunal Supremo, las llamadas a la violencia que habían causado la restricción de las libertades de los partidos en cuestión procedían de un reparto deliberado de tareas entre terrorismo y política, ya que ETA concebía «la justificación de la necesidad del terrorismo como una de las funciones» atribuidas a Herri Batasuna.

32. El Tribunal Supremo consideró, teniendo muy presente el contexto histórico y social de la lucha contra el terrorismo en España, que la organización terrorista ETA y su organización satélite, la *Koordinadora Abertzale Sozialista* («KAS»), dirigían a Herri Batasuna desde su creación.» Para llegar

a esta conclusión, se basó en elementos de prueba que demostraban la existencia de vínculos jerárquicos entre las tres organizaciones, en la medida en que KAS, como delegada de ETA, había controlado y participado en el proceso de designación de los más altos responsables del partido político Herri Batasuna y de sus sucesores (EH y Batasuna). En efecto, según el Tribunal Supremo, la creación de Herri Batasuna había respondido a una iniciativa de ETA destinada a la realización de un «desdoblamiento orgánico-estructural» entre la actividad armada y la actividad política, lo que había desembocado en una «clara sumisión jerárquica» de los partidos en cuestión a la organización terrorista ETA. A este respecto, un documento interno de KAS se expresaba en los siguientes términos:

«KAS (...) concibe la lucha armada en interrelación con la lucha de masa y la lucha institucional, quedando esta última al servicio de las anteriores, lo que constituye la clave del progreso y del triunfo revolucionario;» la lucha de masa requiere así mismo una alianza histórica de la Unidad popular cuya concretización actual es Herri Batasuna (...)»

33. En cuanto a la «sucesión operativa» constatada entre los tres partidos políticos declarados ilegales, el Tribunal Supremo se basó en la coincidencia entre las personas que ocupan puestos de responsabilidad en las tres organizaciones, en particular, de su portavoz, A.O., así como de los miembros de los distintos grupos parlamentarios. Tuvo también en cuenta la existencia de locales comunes a los partidos en cuestión. En cuanto a los vínculos entre los partidos recurrentes y la organización terrorista ETA, el Tribunal Supremo hizo hincapié en la condena de varios de sus miembros, en particular, de su portavoz A. O., por delitos vinculados con el terrorismo.

34. El Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba relacionados a continuación, y posteriores a la entrada en vigor de la LOPP, demostraban que los partidos políticos recurrentes eran instrumentos de la estrategia terrorista de ETA:

- el 3 de julio de 2002, el partido recurrente Batasuna se negó a designar representantes en la Ponencia del Parlamento Vasco que se ocupaba de la situación y las necesidades de las víctimas del terrorismo, al considerarla «política, instrumental y parcial»;
- en relación con la decisión del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de declarar la responsabilidad civil de Batasuna por los daños derivados de la violencia callejera (*borroka*), el 3 de julio de 2002 su portavoz A.O. exhortó al pueblo vasco a responder «con contundencia a esta nueva agresión», imputando a dicha decisión la generación de una «situación grave y antidemocrática»;

- el 7 de julio de 2002, A.O., en un acto de conmemoración de la batalla librada en el monte de Alvertia en 1936, afirmó lo que sigue:
 

«Debemos seguir trabajando y luchando, en la legalidad o en la ilegalidad. Desde luego no nos va a temblar el pulso porque nos encontramos en un contexto histórico en el que debemos hacer irreversible el proceso iniciado.»
- el 13 de julio de 2002, el alcalde y un consejero de Batasuna del Municipio de Lezo participaron en una manifestación de apoyo a terroristas pertenecientes ETA y que residían en Venezuela;
- J.I., portavoz municipal de Batasuna, en una concentración que tuvo lugar el 16 de julio 2002 ante la Comandancia de Marina de San Sebastián, explicó que esta manifestación tenía por objeto hacer saber a las autoridades estatales «que no podrían pasear con impunidad por Euskal Herria»;
- el 19 de julio de 2002, J.E.B., portavoz de Batasuna en el Ayuntamiento de Vitoria, señaló que Batasuna «no aspiraba a que ETA deje de matar sino que Euskal Herria no tenga ningún tipo de violencia y que los que la practican dejen de existir»;
- Batasuna se había negado a condenar en la sesión plenaria del Ayuntamiento del 30 de julio de 2002 la campaña de amenazas que sufrían los consejeros del Partido Socialista Vasco (PSE-EE) del municipio de Amorebieta;
- el alcalde y el Presidente de la comisión de los derechos humanos del municipio de Ondarroa, L.A. y A.A., miembros de Batasuna, en la rueda de prensa celebrada el 2 de agosto de 2002 sobre la posible entrega a España de K.B., miembro del ETA condenado en Francia, dieron su apoyo a este último y a «todos los que se encuentran en la misma situación»;
- Batasuna y sus dirigentes se negaron a condenar el atentado de Santa Pola del 4 de agosto de 2002 en el cual encontraron la muerte dos personas; a este respecto, A.O., en una rueda de prensa en Pamplona, calificó este acontecimiento de «consecuencia dolorosa» de la falta de solución del «conflicto político» en el País Vasco; acusó al Presidente del Gobierno español [en la época, J.M. Aznar] de ser «el principal responsable» de «lo que está ocurriendo en estos momentos y de lo que pueda ocurrir en el futuro»;
- En algunos Ayuntamientos gobernados por Batasuna y en el sitio Internet de este partido figuraba el anagrama de «Gestoras *ProAmnistía*»,

- organización declarada ilegal por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional y que fue integrada en la Lista Europea de organizaciones terroristas (posición común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC);
- En una manifestación convocada por Batasuna y que tuvo lugar en San Sebastián el 11 de agosto de 2002, al frente de la cual se encontraban los dirigentes de este partido A.O., J.P. y J.A., se oyeron gritos de apoyo a los presos del ETA y expresiones claramente amenazadoras como «*borroka da bide bakarra*» (la lucha es la única vía), «*zuek faxistak zarete terroristak*» (vosotros fascistas sois los verdaderos terroristas) o «*gora ETA militarra*» (viva el ETA militar);
  - los días 12 y 14 de agosto de 2002, en las fachadas de los ayuntamientos gobernados por Batasuna figuraban colgadas pancartas de apoyo al terrorismo o a los que lo practican, en alusión al traslado de los «presos vascos al País Vasco», así como las fotografías de algunos terroristas;
  - A.O., en una rueda de prensa convocada por Batasuna en Bilbao el 21 de agosto de 2002, criticó la «estrategia genocidio del Estado español» y declaró que el pueblo vasco iba «a organizarse» y «pelear» para que nunca más un «señorito fascista español» pueda decir a los Vascos lo que debían ser sus instituciones; también advirtió al Gobierno de la Comunidad autónoma del País Vasco (coalición de gobierno nacionalista) que, si hubiese tomado parte en el cierre de sus sedes, eso habría generado «una situación indeseada»; estas expresiones fueron interpretadas al día siguiente por los medios de comunicación como una «amenaza hacia el ejecutivo vasco»;
  - J.U., representante de Batasuna en el Parlamento vasco, el 23 de agosto de 2002 en una entrevista con el Diario *Egunkaria*, afirmó que «ETA no es el promotor de la lucha armada por capricho, sino [que es] una organización que ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado»;
  - J.P., en una reunión de Batasuna que tuvo lugar en Bilbao el 23 de agosto de 2002, tras la manifestación organizada por el partido contra su disolución, acusó a los dirigentes del Partido nacionalista vasco de carecer de «dignidad nacional» por respetar las leyes españolas; animó también a los participantes «a salir a la calle y responder con contundencia»;
  - Algunos municipios gobernados por los partidos en cuestión hicieron la apología del terrorismo; prueba de ello es el hecho de que dos terro-

- ristas de ETA fueran declarados ciudadanos de honor (*hijos predilectos*) por los Ayuntamientos de Legazpia y Zaldivia;
- desde el 29 de junio de 2002, los representantes municipales de Batasuna en los Ayuntamientos de Vitoria y Lasarte-Oria habían acosado a los representantes de los partidos no nacionalistas, lo que contribuyó a la creación de un clima de confrontación civil;
- en algunos municipios dirigidos por Batasuna aparecieron pintadas y carteles que incitaban a la lucha contra el Estado, contra las personas que encarnan sus distintos poderes o contra otros partidos políticos o los miembros de estos partidos, en particular, el Presidente del Gobierno español y los presidentes del Partido popular y el Partido socialista;
- tras la entrada en vigor del LOPP, los tres partidos en cuestión han seguido manteniendo idéntica estrategia de complemento político de la organización terrorista ETA en el marco de un régimen de «sucesión operativa» entre dichos partidos.

35. Sobre la base de prueba mencionados, el Tribunal Supremo consideró que la actividad de los partidos políticos recurrentes, expresada por un conjunto de conductas que respondían a una estrategia predefinida por la organización terrorista ETA, tendía a «completar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para alcanzar su objetivo consistente en subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública», según lo dispuesto en el art. 9.2 c) LOPP. Así pues, las conductas contestadas a los partidos recurrentes entraban en los supuestos contemplados en los párrafos a), b), d), f) y h) del art. 9.3 de la ley. En primer lugar, algunas de las conductas mencionadas, como la manifestación de Batasuna en San Sebastián acompañada de eslóganes en favor del ETA, podían calificarse de apoyo político deliberado al terrorismo. Otros hechos, como la negativa de Batasuna y sus dirigentes a condenar el atentado de Santa Pola del 4 de agosto de 2002, tenían por objeto «disculpar las acciones terroristas y minimizar su importancia y la violación de los derechos fundamentales que éstas comportan». A este respecto, el Tribunal Supremo precisó lo siguiente:

«No se puede tolerar, desde el punto de vista constitucional, la existencia de partidos políticos que no se posicionan ideológicamente de manera clara e inequívoca contra la actividad terrorista o que, demostrando una ambigüedad calculada, intentan ocultar de manera sistemática la ausencia de rechazo de estos hechos criminales, lamentando formalmente sus consecuencias pero sin incluir la menor palabra de censura hacia la actitud cruel de los que las causan recurriendo a la violencia para conseguir sus objetivos.»

(...)

A efectos de este proceso, el silencio estratégica y sistemáticamente reiterado de un partido político ante la actividad terrorista sólo puede interpretarse, desde la óptica político-constitucional, como un claro signo «de aceptación por omisión» o «de aceptación implícita» de la misma, esto es, como un alineamiento con las tesis de los autores de estas acciones criminales y de asunción tácita de la violencia como método para conseguir determinados objetivos que, en nuestro sistema constitucional, deben alcanzarse necesariamente por métodos pacíficos.»

36. En segundo lugar, el Tribunal Supremo consideró que otras conductas contestadas a los partidos recurrentes, como el hostigamiento hacia los representantes de los Partidos no nacionalistas en los Ayuntamientos de Vitoria y Lasarte, habían favorecido una cultura de confrontación civil destinada a intimidar a los que se oponen al terrorismo y a privarlos de su libertad de opinión.

37. A continuación, el Tribunal Supremo consideró que maniobras como la presentación pública de presos de ETA como prisioneros políticos o la utilización del anagrama de «Gestoras a Pro Amnistía» demostraban que los partidos en cuestión reanudaban símbolos asociados con el terrorismo o la violencia. Observó finalmente que los partidos recurrentes también habían participado en actividades que tenían por objeto rendir homenaje a acciones terroristas.

38. El Tribunal Supremo, al analizar la necesidad y la proporcionalidad de la disolución de los partidos recurrentes, recordó que tenía en cuenta el texto del Convenio así como la jurisprudencia del Tribunal, que debían guiar la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en virtud del art. 10.2 CE. Consideró que, a la luz de las frecuentes invocaciones a la violencia por parte de los partidos recurrentes, confirmadas por los medios de prueba antes analizados, la medida de disolución dictada contra ellos estaba justificada por el respecto a la defensa de los derechos fundamentales de otros, «componente indispensable de la democracia». El Tribunal se refirió en particular a la sentencia pronunciada por el Tribunal en el asunto *Refah Partisi (Refah Partisi (Partido de la prosperidad) y otros c. Turquía* [GC], n.º. 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, CEDDH 2003-II), en la que establecía un verdadero deber jurídico de disociarse de todo mensaje ambiguo o poco claro sobre el recurso a la violencia por los partidos que pretendían actuar en una sociedad democrática (*ibídem*, art. 131). Subrayó por otra parte que las invocaciones a la violencia en este caso concreto aparecían como más explícitas que en el caso turco antes citado.

#### 4. *Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*

39. Los partidos Batasuna y Herri Batasuna presentaron sendos recurso de amparo ante al Tribunal Constitucional contra la sentencia del Tribunal Supremo.

40. En primer lugar, alegaban la parcialidad del Presidente del Tribunal Supremo, ponente en la sentencia que declaró la disolución de los partidos políticos en cuestión y así mismo Presidente del Consejo General del Poder Judicial, esto es, el órgano que había dictado informe favorable sobre el anteproyecto de la ley en cuestión. La confusión entre las funciones jurisdiccionales y las consultivas en una misma persona implicaba en su opinión una pérdida de imparcialidad objetiva. Batasuna alegaba a este respecto el art. 24.2 CE (derecho a un proceso justo ante un tribunal independiente e imparcial).

41. Por otra parte los recurrentes alegaban la violación del derecho a un proceso justo revestido de todas las garantías, puesto que la disolución de Batasuna se fundaba, entre otras cosas, en la conducta presunta de algunos concejales de Zaldibia y Legazpia que habían declarado ciudadanos de honor (*hijos predilectos*) a un miembro presunto de ETA y a un miembro de ETA que había sido condenado y estaba cumpliendo condena, habiendo quedado probados los hechos sin contradicción y una vez terminada la fase del procedimiento prevista para la presentación de nuevas pruebas, lo que habría comportado la indefensión de los recurrentes frente a estas acusaciones.

42. Denunciaban también la violación del principio de presunción de inocencia puesto que los hechos considerados probados en la sentencia del Tribunal Supremo se basaban en una información de prensa aislada y Batasuna y sus miembros habían visto como se les atribuían como propios comportamientos de otra formación política, a saber EH. Por otra parte, la sentencia de 27 de marzo de 2003 consideró probado que Batasuna se había fundado sobre la base de un acuerdo entre los responsables de Herri Batasuna y de ETA, y que Herri Batasuna, EH y Batasuna correspondían realmente a una única organización a la que ETA había atribuido algunas funciones y actuaba bajo las órdenes de aquella. Estas afirmaciones se basaban en documentos a los que no se le podría atribuir valor de prueba y en la declaración del testigo-perito dependiente del Gobierno español.

43. Finalmente, los partidos demandantes consideraban que la disolución había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, pensamiento y asociación.

44. En dos sentencias de 16 de enero de 2004 pronunciadas por unanimidad, el Tribunal Constitucional desestimó los recursos.

45. En la sentencia dictada en el marco del recurso de amparo presentado por Batasuna, el Alto Tribunal recogió los argumentos de su sentencia de 12 de marzo de 2003 relativo a la pretendida «democracia militante», insistiendo en la idea según la cual «todo proyecto u objetivo es compatible con la Constitución siempre y cuando no se persiga por medio de actividades que violan los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos». El Tribunal Constitucional recordó también que «la constitucionalidad del artículo 9 LOPP ha sido declarada por la sentencia 48/2003 y que las objeciones planteadas por el partido recurrente Batasuna en cuanto a la constitucionalidad [de los comportamientos descritos por las disposiciones de la ley en cuestión] encuentran respuesta en los fundamentos jurídicos de dicha ley».

46. El Tribunal Constitucional se expresó en los siguientes términos:

«La negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en algunos casos, una actitud de» apoyo político [...] tácito al terrorismo «[artículo 9.3 a) LOPP], o de legitimación de las «acciones terroristas que tienen fines políticos «[artículo 9.3 a) LOPP], en la medida en que eso puede justificar o minimizar el significado del terrorismo [...]. El abstenerse de condenar acciones terroristas constituye también una manifestación tácita o implícita de una determinada postura ante el terror [...] En un contexto de terrorismo que reina desde hace más de treinta años, y cuyos autores siempre han legitimado el terror sobre el pretendido conflicto histórico, a la negativa de un partido a condenar un atentado terrorista concreto, o a la afirmación innegable de adoptar una postura singular frente a la posición de condena de tales actos por los otros partidos políticos, se añade la importancia conferida por el recorrido de un partido que ha predicado la comprensión del fenómeno terrorista como reacción inevitable frente a la injusta agresión del Estado atacado por el terror». «[...] Por otra parte, [...] la negativa a condenar [los actos terroristas] se añade a una pluralidad de conductas y comportamientos, graves y reiterados, que permiten concluir la existencia de un compromiso con el terror y contra la convivencia organizada en el marco de un Estado democrático [...] Es pues necesario concluir que la subsunción de hechos judicialmente probados –en el marco de un proceso respetuoso con todas las garantías debidas– en las causas de disolución previstas por la LOPP, cuya inconstitucionalidad *in abstracto* se había descartado por la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, no parece ni poco razonable ni errónea –lo que excluye toda posible vulneración del art. 24 CE– y no ha comportado ninguna violación de derechos fundamentales materiales, en particular del derecho de asociación política (arts. 22 y 6 CE), del derecho a la libertad de conciencia (art. 16 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).»

47. En conclusión, la sentencia del Tribunal Constitucional dictada frente al recurso interpuesto por Batasuna incidió en los hechos que este partido afirmaba literalmente en su recurso que la LOPP «termina por privar –en contradicción con los procedimientos democráticos– a las ideologías asociadas al terrorismo y a la violencia toda posibilidad de desarrollarse de manera legal», y que Batasuna seguía argumentando que la ley en cuestión declara ilícito «el simple hecho de ofrecer un apoyo político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas que tienden a destruir el orden constitucional». Para el Tribunal Constitucional, esta «asociación con el terrorismo y la violencia» (...)» se sale del marco legítimo, el punto de vista constitucional, de las libertades de asociación y expresión y por ello puede ser prohibida por el legislador democrático.»

48. En cuanto al recurso de amparo presentado por Herri Batasuna, el Tribunal Constitucional se refirió también a su sentencia de 12 de marzo de 2003 en la cual había precisado que las distintas causas que podían dar lugar a la disolución de un partido sólo se apreciarían a partir de la entrada en vigor de la ley. «Esto sentado, con vistas a precisar el significado de estas actividades y calificar su importancia, teniendo en cuenta las conductas del partido en cuestión en su conjunto (y eso únicamente porque la apreciación de comportamientos previos a la entrada en vigor de la ley para justificar la ilegalización sería inconstitucional por vulneración del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9 CE), es perfectamente posible tener en cuenta lo que la ley llama la «trayectoria»(art. 9.4), que puede incluir actividades previas a la entrada en vigor de la ley, lo que no puede en absoluto considerarse como un supuesto de retroactividad vedado por la Constitución». El Alto Tribunal subrayó que el partido recurrente no se había disuelto debido a actos previos a la entrada en vigor de la ley ni a conducta imputables a otros partidos, sino porque se había considerado que Batasuna, Herri Batasuna y EH «constituían» unidades sucesivas «de una misma realidad, es decir una formación política utilizada instrumentalmente por un grupo terrorista al servicio de fines ilícitos. Las formaciones de un mismo partido político que se sucedieron en el tiempo han sido *de facto* disueltas. La disolución dictada por el Tribunal Supremo trae causa de los hechos posteriores que son enteramente imputables al partido recurrente, y esto debido a la identidad material que el Tribunal Supremo ha constatado entre los tres partidos disueltos».

49. Finalmente, el Alto Tribunal ha rechazado las impugnaciones relativas a la falta de imparcialidad y al incumplimiento del principio de contradicción al considerarlas desprovistas de contenido constitucional.

## 5. *Hechos posteriores*

50. El 6 de junio de 2007, ETA puso fin al alto el fuego que había declarado el 24 de marzo 2006. Desde entonces en España se han producido varios atentados mortales.

## II. DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL APLICABLE

### 1. *La Constitución*

#### **Artículo 6**

«Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.»

#### **Artículo 22**

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

### 2. *La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985 del Poder Judicial (LOPJ) (según modificación introducida por la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de 2002 de los Partidos Políticos)*

#### **Artículo 61**

«1. Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

1. De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo contencioso-administrativo de dicho Tribunal.
2. De los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Supremo, o de los Presidentes de Sala, o de más de dos Magistrados de una Sala. En este caso, los afectados directamente por la recusación serán sustituidos por quienes corresponda.
3. De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo.
4. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.
5. Del conocimiento de las pretensiones de declaración de error judicial cuando este se impute a una Sala del Tribunal Supremo.
6. De los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

(...»

### *3. Ley orgánica 6/2002 del 27 de junio de 2002 sobre los Partidos Políticos (LOPP)*

#### **Artículo 9**

«1. Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

- a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.
  - b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.
  - 6) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.
3. Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:
- a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.
  - b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.
  - c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

- d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.
- e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.
- f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.
- g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.
- h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.
- i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

4. Para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos.

Serán igualmente tomadas en consideración las sanciones administrativas impuestas al partido político o a sus miembros y las condenas penales que hayan recaído sobre sus dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados, por delitos tipificados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, sin que se hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.»

### **Artículo 10**

«2. La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes:

- a) Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.
- b) Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica.
- c) Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

(...)

5. Los supuestos previstos en los párrafos b) y c) del apartado 2 de este artículo serán resueltos por la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente de la presente Ley Orgánica, que tendrá carácter preferente.»

### **Artículo 11**

1. Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución (...)

2. La sentencia dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo, que podrá declarar la disolución del partido político o desestimar la demanda, no será objeto de recurso alguno sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)

### **Disposición transitoria única**

«2. A los efectos de aplicar lo previsto en el apartado 4 del artículo 9 a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, tendrá la consideración de fraude de ley la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley. Ello no impedirá tal aplicación, pudiendo actuarse respecto de aquél conforme a lo previsto en los artículos 10 y 11 de esta Ley Orgánica, correspondiendo a la Sala especial del Tribunal Supremo la apreciación de la continuidad o sucesión y la intención de defraudar.»

#### 4. *Derecho de la Unión Europea*

##### **Posición común 2003/402/PESC del Consejo de la Unión Europea del 5 de junio de 2003, que actualiza la posición común 2001/931/PESC relativa a la aplicación de las medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo**

i. *Anexo (lista de personas, grupos y entidades contempladas en el artículo 1º)*

«(...) 7) *Euskadi Ta Askatasuna/Tierra Vasca y Libertad/ País Vasco y libertad (ETA) [las organizaciones siguientes forman parte del grupo terrorista ETA:» K.a.s., Xaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras pro amnistía, Askatasuna, Batasuna (alias Herri Batasuna, alias Euskal Herritarrok). «*

#### 5. *Derecho del Consejo de Europa*

##### **a) Resolución 1308 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a las restricciones respecto de los partidos políticos de los Estados Miembro**

«(...) 2. la Asamblea considera muy compleja por naturaleza a la cuestión de las restricciones respecto de los partidos políticos». No obstante, la tragedia ocurrida en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 debe incitarnos a reflexionar todavía más sobre las amenazas que el extremismo y el fanatismo hacen pesar sobre la democracia y las libertades.

(...)

11. Como conclusión, y a la luz de lo que precede, la Asamblea hace a los Gobiernos de los Estados Miembro el llamamiento de respetar los siguientes principios: (...)

ii. las restricciones o disoluciones de los partidos políticos no pueden constituir más que medidas de excepción, sólo justificadas en los casos en que el partido en cuestión haga uso de la violencia o amenace la paz civil y el orden constitucional democrático del país;

(...)

v. la prohibición o disolución de un partido político no puede producirse sino como último recurso, conforme al orden constitucional del país, y según procedimientos que ofrezcan todas las garantías que requiera un juicio justo; (...)

- b) Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, con entrada en vigor el 1 de junio de 2007, firmada y ratificada por España (entrada en vigor el 1 de junio de 2009)**

### **Artículo 5**

#### **Provocación pública con vistas a la perpetración de un delito de terrorismo**

«1. A efectos del presente Convenio, se entiende por «provocación pública con vistas a la perpetración de un delito de terrorismo» la difusión, o cualquier otra forma de poner a disposición pública, de un mensaje con intención de incitar a la perpetración de un delito de terrorismo, cuando tal comportamiento, ya fomentado de forma directa no la perpetración de delitos de terrorismo, origine el peligro de que puedan cometerse uno o más de estos delitos.

2. Cada una de las Partes adoptará las medidas que resulten necesarias para transformar en delito penal, de acuerdo con su Legislación interna, provocación pública con vistas a la perpetración de un delito de terrorismo, tal como se define en el párrafo 1, cuando sea cometida de manera ilegal e intencionada.»

### **Artículo 9**

#### **Infracciones accesorias**

«1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que resulten necesarias para crear como infracción penal, en su Legislación interna: (...)

c) la contribución a la perpetración de una o más de las infracciones contempladas en los artículos 5 a 7 del presente Convenio, por parte de un grupo de personas que actúen concertadamente. Dicha concertación deberá ser deliberada, y deberá, asimismo:

- i. o bien procurar facilitar la actividad criminal del grupo o servir a sus propósitos, cuando esta actividad o estos propósitos supongan la perpetración de una infracción, según lo dispuesto en los artículos 5 a 7 del presente Convenio;
- ii. o bien se suministre tal concertación, con conocimiento de que el grupo tenga la intención de cometer una infracción, según lo dispuesto en los artículos 5 a 7 del presente Convenio. (...)

## Artículo 10

### Responsabilidad de las personas jurídicas

«1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que resulten necesarias, de acuerdo con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en las infracciones contempladas en los artículos 5 a 7 y 9 del presente Convenio.

2. Bajo reserva de los principios jurídicos de la Parte en cuestión, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

3. Esta responsabilidad obrará sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hubieran cometido las infracciones.»

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO

51. Los demandantes alegan que su disolución ha supuesto la violación de su derecho a la libertad de asociación. Denuncian el carácter no accesible y no previsible de la LOPP, dado su carácter de ley *ad hoc*, así como la aplicación retroactiva de dicha ley y la ausencia de propósito legítimo, al tener por objeto la disolución de eliminar el debate político en el País Vasco. Consideran que la medida tomada en contra suya no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática, y la juzgan contraria al principio de proporcionalidad. En sus partes pertinentes, el artículo 11 del Convenio dispone:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación (...).

2. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquéllas que, previstas por la ley, constituyan las medidas que en una sociedad democrática requieren la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros (...).»

### A. Sobre la existencia de una injerencia

52. Las Partes reconocen que la disolución de los partidos políticos demandantes puede interpretarse como una injerencia contra el ejercicio

de su derecho a la libertad de asociación. Tal es también el dictamen del Tribunal.

## B. Sobre la justificación de la injerencia

53. Una injerencia similar constituye una infracción al artículo 11, salvo si «estuviera prevista por la ley», y encaminada a conseguir uno o unos objetivos legítimos, respecto de lo establecido en el párrafo 2 y «fuera necesaria, en el marco una sociedad democrática», para alcanzar dichos objetivos.

### 1. «Prevista por la ley»

#### a) Tesis de las partes

54. Los demandantes consideran que el LOPP no cumple con las condiciones de previsión y estabilidad exigidas por la jurisprudencia del Tribunal. En efecto, se habría aplicado de manera retroactiva y sería, por lo tanto, contraria al principio de seguridad jurídica.

55. Por su parte, el Gobierno considera que la disolución de los partidos demandantes está fundamentada en una ley existente, accesible y previsible.

#### b) Valoración del Tribunal

56. El Tribunal recuerda que la expresión «prevista por la ley» que figura en los artículos 8 a 11 del Convenio no sólo exige que la medida incriminada esté fundamentada en la Legislación interna, sino que contempla también la calidad de la ley en cuestión, que deberá ser suficientemente accesible y previsible, es decir, enunciada con bastante precisión para permitir que el individuo –acudiendo, si es preciso, al auxilio de consejos esclarecedores– regule su conducta (véase, entre otros, *Demanda del Sunday Times contra el Reino Unido (n° 1)*, 26 de abril de 1979, art. 49, serie A n° 30), incluso cuando la experiencia demuestre, sin embargo, la imposibilidad de conseguir una precisión absoluta en la redacción de las leyes (véase, por ejemplo, la *Demanda de Ezelin contra Francia*, 26 de abril de 1991, art. 45, serie A n° 202).

57. En este caso concreto, el Tribunal constata que el texto legal en litigio entró en vigor el 29 de junio de 2002, o sea un día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y que la disolución de los partidos demandantes tuvo lugar el 27 de marzo de 2003. Esta ley definía de forma suficientemente precisa la organización y el funcionamiento de los partidos

políticos, así como los comportamientos susceptibles de causar su disolución o suspensión judicial (capítulo III de la ley).

58. Al tratar el perjuicio originado por la aplicación retroactiva de la ley, el Tribunal desea precisar, de modo inmediato, que, aunque la totalidad de los actos enumerados se refieran a Batasuna, el Tribunal supremo consideró a Batasuna y a Herri Batasuna como «un único sujeto real (...), oculto por esta apariencia de diversidad de las personas jurídicas» (párrafo 30 *supra*). Por lo tanto, el Tribunal considera que esta queja se refiere al conjunto de los demandantes.

59. Respecto al fondo de la demanda, el Tribunal recuerda que el artículo 7.1 del Convenio garantiza la no retroactividad sólo en los procedimientos penales, lo cual no se aplica a este caso. En cualquier caso, el Tribunal constata que las actividades consideradas por el Tribunal supremo para concluir con la disolución de los partidos demandantes se cometieron entre el 29 de junio de 2002 y el 23 de agosto de 2002, o sea, después de la fecha de entrada en vigor de la LOPP, e indica, por lo demás, que ninguna disposición del Convenio excluye la posibilidad de basarse en hechos previos a la aprobación de la ley.

60. Por lo tanto, el Tribunal considera que la injerencia en cuestión «estaba prevista por la ley» y que la crítica de los demandantes respecto de esta medida depende más bien del estudio de la necesidad de la injerencia en litigio.

## 2. «Objetivo legítimo»

### a) Tesis de las partes

61. Según la opinión de los demandantes, el objetivo de la disolución es ilegítimo, en cuanto a que procura la eliminación, de la vida política y democrática, de la corriente política independentista vasca.

62. El Gobierno justifica la disolución como un medio para evitar que los partidos demandantes actúen en contra del sistema democrático y de las libertades esenciales de los ciudadanos, apoyando la violencia y las actividades de la organización terrorista ETA. Sostiene que los demandantes constituyen una amenaza para los derechos humanos, la democracia y el pluralismo. Además, el Gobierno niega que con la disolución haya pretendido eliminar de España el pluralismo político, y recuerda, a título de ejemplo, la coexistencia pacífica dentro del territorio español de varios partidos políticos a carácter nacionalista o independentista, que ejercen normalmente su actividad.

## b) Valoración del Tribunal

63. El Tribunal considera que los demandantes no han demostrado que su disolución haya estado justificada por razones distintas a las expuestas por los órganos jurisdiccionales internos. En efecto, el Tribunal no puede estar de acuerdo con el argumento de los demandantes respecto de una intención del Gobierno de eliminar todo debate relativo a la izquierda independentista vasca, por medio de la disolución. A este respecto, se une a las observaciones del Gobierno expuestas en el párrafo anterior, y recuerda que hay varios partidos políticos, llamados «separatistas», que coexisten pacíficamente en varias comunidades autónomas españolas.

64. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso presente, considera que las disoluciones perseguían varios de los objetivos legítimos enumerados en el artículo 11, en particular, el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y de las libertades de otros.

### 3. «Necesidad en una sociedad democrática» y «proporcionalidad de la medida»

#### a) Tesis de las partes

##### i. Los demandantes

65. Los demandantes indican que la LOPP viola el principio de proporcionalidad, en la medida en que la declaración de ilegalidad es el único tipo de injerencia previsto para maniobras de índole variada y de diferente gravedad. Así pues, esta ley ignora la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que exige que las injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho de asociación se adapten a la gravedad de los comportamientos imputados, y que se reserve la disolución a aquellas situaciones donde la actividad del partido político en cuestión ponga en grave peligro a la misma continuidad del sistema democrático.

66. De manera más concreta, el primer demandante considera que no hay en este caso ningunos hechos que puedan imputársele y que puedan justificar la disolución, aparte de su hipotética «unidad operativa» con Bata-suna y EH.

67. Por su parte, el segundo demandante critica la afirmación que aparece en la sentencia del Tribunal Supremo, según la cual los llamamientos a la

violencia son mucho más explícitos en el caso de Batasuna que los formulados por los miembros del Refah Partisi (Partido de la Prosperidad), declarado ilegal por el Estado turco (véase la demanda *Refah Partisi (Partido de la prosperidad) y otros contra Turquía* [GC], N<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, CEDDH 2003-II), justificando esta diferencia la medida de la disolución en dicho caso. Al tratarse de unos hechos considerados constituyentes de motivo de disolución, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 27 de marzo de 2003, el segundo demandante formula las observaciones siguientes:

- el hecho de no haber designado representantes en el Comité del Parlamento Vasco encargado de la situación y las necesidades de las víctimas del terrorismo: el demandante considera que se trata de un acto que derivado del derecho de libertad de pensamiento, y que no reviste, en su opinión, la «gravedad particular» exigida por parte de la LOPP para proceder a la disolución de un partido político;
- las declaraciones de A. O., respondiendo a la sentencia del Juez del Juzgado de Instrucción Central n<sup>o</sup> 5 de la Audiencia Nacional, que declaró al demandante responsable civil de actos de violencia urbana (*kale borroka*): se trata, desde el punto de vista del demandante, de una manifestación de la libertad de expresión del responsable del partido político demandante, que, por otra parte, no dio lugar a ninguna actuación penal por parte de las autoridades españolas;
- la participación de A. O. en un homenaje a los combatientes vascos víctimas del fascismo durante la Guerra civil, organizado por la «Acción nacionalista vasca», partido político legal: el demandante recuerda que tal actividad no está prevista como causa de disolución por ninguna de las disposiciones de la LOPP, y no puede, por lo tanto, ser criticada por el Gobierno tal y como éste hace en sus observaciones;
- la participación de un alcalde y de un consejero del partido demandante en una manifestación de apoyo a unos miembros de ETA residentes en Venezuela: en la medida en que el Gobierno vasco no prohibió esa manifestación, el demandante considera que no puede tenerse en cuenta para justificar la disolución; por otra parte, indica que las diligencias penales abiertas contra los participantes dieron lugar a que éstos fuesen absueltos, y que los hechos tampoco dieron lugar a sanción administrativa alguna;
- las declaraciones del portavoz municipal en San Sebastián del partido demandante: aunque las expresiones utilizadas puedan considerarse «susceptibles de ofender, sublevar o dañar al Estado», el demandante

- las considera protegidas por la libertad de expresión de la que gozan los miembros activos de un partido político;
- las declaraciones del portavoz de Batasuna en el municipio de Vitoria: el demandante considera que los tribunales interpretaron de manera subjetiva las observaciones del portavoz, y que su conducta debe ser protegida por el derecho a la libertad de expresión;
  - La negativa de los cargos electos del partido demandante a condenar las amenazas recibidas por ciertos dirigentes de otras formaciones políticas, en una reunión del consejo municipal del ayuntamiento de Amorebieta: el demandante indica que esta información proviene de un artículo parecido en un diario, y que no se la comparó con el acta de la reunión; por lo tanto, esta causa de ilegalidad estaría basada en una mera suposición;
  - La rueda de prensa organizada por el alcalde y el Presidente de la comisión de derechos humanos de Ondarroa, respecto a la entrega a España de un miembro de ETA condenado en Francia, cuyo Tribunal Supremo consideró que dicha rueda había prestado un apoyo político explícito al miembro de ETA en cuestión, considerado como «víctima de represalias políticas»: el demandante considera que, en la medida en que esta información está exclusivamente basada en el artículo de un diario, no puede ser tenida en cuenta: es fruto de un juicio de valor del periodista autor del artículo; a este respecto, indica que la conferencia no fue organizada por Batasuna y que, por otra parte, fue la hermana del miembro de ETA quien tomó la palabra, sin que sea posible atribuir declaración alguna al alcalde de la ciudad; en cualquier caso, se trata, en opinión del demandante, de una manifestación de libertad ideológica y política que debe disociarse del proceso de declaración de ilegalidad de un partido político;
  - La negativa del partido demandante a condenar el atentado mortal cometido por ETA en Santa Pola: el demandante tiene en cuenta que, en el examen de esta causa de ilegalidad, los tribunales internos no tuvieron en cuenta más que unas expresiones aisladas utilizadas por el demandante, sin considerar el discurso en su conjunto y sin llevar a cabo ninguna «valoración aceptable de los hechos pertinentes», como lo exige la jurisprudencia del Tribunal (*Demanda de Dicle por parte del Partido de la democracia (DEP) contra Turquía*, n° 25141/94, art. 57,10 de diciembre de 2002); a este respecto, el demandante observa que, en su sentencia, el Tribunal Supremo parece llegar a la conclusión de la existencia de una «norma mínima», conjunto implícito de códigos de

- comportamiento que exigiría, del demandante, la condena deliberada de los atentados; al no estar explícitos estos códigos, el demandante considera que su comportamiento podría ser objeto, a lo sumo, de reprobación social, pero no de sanción política;
- La utilización del anagrama de *Gestoras Pro Amnistía* (organización que figura en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas) en los municipios administrados por Batasuna: el demandante impugna el argumento del Gobierno, según el cual tal utilización puede estar «asociada sin ninguna dificultad al uso de la violencia terrorista y a quienes la ejercen»; indica que dichos logotipos no contienen ninguna referencia a ETA y que se trata, simplemente, de una manifestación de libertad ideológica;
  - La actitud de los dirigentes de Batasuna en el desarrollo de una manifestación que tuvo lugar en San Sebastián, en 2002: el demandante considera que la crítica del Gobierno respecto de los eslóganes a favor de ETA que entonces se oyeron, y que procedían de dirigentes del partido demandante no estaban fundados. En su opinión, este último considera que se trata de comentarios puntuales, que no pueden considerarse vinculados al terrorismo y que, en todo caso, no revisten la gravedad particular exigida por la ley para que se les considere causa de disolución; en efecto, no se emprendió acción penal alguna contra los organizadores;
  - La pública exposición de pancartas de apoyo al terrorismo en la fachada de los ayuntamientos administrados por el demandante: el demandante indica que los carteles sólo figuraban en una minoría de los ayuntamientos y que, por lo tanto, este hecho no puede calificarse de «conducta reiterada», tal y como exige la LOPP;
  - Las declaraciones de A. O. durante una rueda de prensa que el demandante dio en Bilbao: el demandante señala que se trataba de una «valoración política» de la decisión judicial de iniciar el procedimiento de suspensión de las actividades de Batasuna; a lo largo de la conferencia, las críticas dirigidas al Estado fueron severas y hostiles; sin embargo, el demandante recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, tales afirmaciones «no constituyen por sí mismas elementos de prueba que puedan permitir asimilar el partido a los grupos armados autores de actos violentos» (*Demanda de Dicle en nombre del Partido de la democracia (DEP)* antes citada, arts. 59 y 60). Por otra parte, el demandante indica que A. O. fue absuelto, en lo penal, del presunto delito de amenazas terroristas; por lo tanto, las declaraciones forman

- parte del ejercicio de la libertad de expresión de un dirigente político que expresa su visión particular del Estado español;
- Las declaraciones de un dirigente de Batasuna publicadas en un diario vasco; sólo se trataría, según declara el demandante, de críticas al Gobierno que no sobrepasan los límites del derecho a la libertad de expresión;
  - Las declaraciones de un dirigente de Batasuna durante una reunión de esta formación política, organizada para protestar contra su disolución; el demandante considera que el dirigente en cuestión no hizo sino «cumplir con su obligación de describir las preocupaciones de sus electores» (*Demanda de Dicle en nombre del Partido de la democracia (DEP)* antes citada, art. 60), ante la gravedad de una posible declaración de ilegalidad de la formación de la que forma parte; en efecto, se trata de una crítica que se inscribe en el marco de un debate político vinculado a una cuestión de interés general, es decir, a la declaración de ilegalidad de una formación política representante de un amplio sector de la sociedad vasca; como las diligencias penales a este respecto abocaron a un sobreseimiento se trataría, una vez más, de una manifestación de la libertad de expresión;
  - Los homenajes dedicados a terroristas, nombrándolos ciudadanos de honor (*hijos predilectos*); el demandante sostiene que estos actos no fueron organizados por Batasuna; por lo demás, llama la atención sobre el hecho de que estos acontecimientos se produjeron con posterioridad al 26 de agosto de 2002, fecha en la que se declaró la suspensión de las actividades de Batasuna y de Herri Batasuna, y que se trata de un acto derivado de la libertad de expresión;
  - Las conductas de acoso, por parte de miembros de Batasuna, a representantes municipales de los partidos no nacionalistas en algunos ayuntamientos: el demandante señala que no se probó su participación en los hechos, ante los tribunales internos;
  - Las pintadas, pancartas y carteles que incitan a la lucha contra el Estado en algunos ayuntamientos administrados por Batasuna: el demandante señala, desde el primer momento, la total ausencia de pruebas a este respecto; en cualquier caso, considera que no pueden considerarse los textos y los contenidos como representación de la violencia o el terrorismo, sino que deben tomarse como mera manifestación ideológica.

68. El segundo demandante considera que del análisis de estos dieciocho hechos, tomados de forma aislada o conjunta, se deduce que no pueden justificar una medida tan severa como la disolución de un partido político.

Además, considera que la medida de disolución está claramente desproporcionada respecto del fin perseguido. En base a los mismos argumentos que el primer demandante, indica que la LOPP no prevé sanciones intermedias, siendo la disolución de un partido político la única injerencia prevista en el ejercicio del derecho de asociación, sin que sea tenida en cuenta la gravedad de los hechos imputados. El demandante opina que la disolución debería reservarse exclusivamente a las actividades de un partido que pongan en serio peligro a la continuidad del sistema democrático.

69. A la luz de lo que precede, el demandante llega a la conclusión de que la disolución ha constituido una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación que no puede estar considerada prevista por la ley. Por otra parte, esta medida no perseguía un objetivo legítimo, ni era necesaria en una sociedad democrática.

70. Con carácter subsidiario, el segundo demandante considera que los argumentos relativos al artículo 11 son también válidos para el artículo 10 y pide que el Tribunal llegue asimismo a la conclusión de que se ha infringido esta disposición.

## ii. *El Gobierno*

71. El Gobierno recuerda que, conforme a lo dispuesto en el art. 2 del artículo 9 de la LOPP, la medida objeto de litigio se reserva a los casos en que las acciones previstas en este artículo se lleven a cabo de manera grave y reiterada.

72. Considera que la medida era necesaria para preservar la democracia en la sociedad española, y cita a este respecto la jurisprudencia del Tribunal, según el cual la democracia constituye un elemento fundamental del orden público europeo. El Gobierno enumera varios elementos que justificarían la gravedad de la medida adoptada: el explícito llamamiento a la violencia de los partidos disueltos; el alto número de muertes causado por los atentados perpetrados por ETA; las declaraciones de los dirigentes de los partidos disueltos; la utilización de ciertos símbolos; la inscripción, en la lista de miembros de los partidos, de individuos condenados por actos de terrorismo, así como los actos y manifestaciones de apoyo a la actividad terrorista. Por otra parte, el Gobierno considera, que habida cuenta de la realidad política de los partidos en cuestión, el Tribunal Supremo ha ponderado de forma adecuada los intereses en juego, llegando a la conclusión de que los demandantes constituían una amenaza para la democracia.

73. En el contexto de tal realidad, el Gobierno desea hacer hincapié en los hechos siguientes: la justificación, por parte de los demandantes, de los

asesinatos perpetrados por ETA; su legitimación de la violencia como método para alcanzar objetivos políticos; el clima de terror creado en torno a los ciudadanos opuestos a las exigencias de quienes, como los demandantes, forman parte del entorno terrorista (impuesto revolucionario). En este contexto, el Gobierno recuerda el asunto *Demanda de Gorzelik y otros contra Polonia* (sentencia [GC] de 17 de febrero de 2004, art. 96) e indica que, en primer lugar, corresponde a las autoridades nacionales apreciar la existencia de una «imperiosa necesidad social», para imponer una restricción a los derechos garantizados en los artículos 10 y 11, sin perjuicio del control que pudiera ser llevado a cabo por el Tribunal.

## b) Valoración del Tribunal

### i. Principios generales

74. De entrada, el Tribunal indica que, a pesar de la autonomía de su papel y la especificidad de su rango de aplicación, el artículo 11 debe preverse también a la luz del artículo 10. La protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación consagrada por el artículo 11. Esto adquiere aún más validez en el caso de los partidos políticos, habida cuenta de lo esencial de su papel para mantener el pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia (véase *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu contra Rumanía*, art. 44.3 de febrero de 2005).

75. Al ejercer su control a tal respecto, el Tribunal no tiene como tarea la de sustituir a los organismos jurisdiccionales internos competentes, sino la de comprobar, desde el punto de vista del artículo 11, las decisiones que dichos organismos hayan dictado, en virtud de su poder de apreciación. No se deduce de ello que deba limitarse a investigar si el Estado demandado utilizó este poder de buena fe, con precaución y de manera razonable: debe considerar la injerencia objeto de litigio, teniendo en cuenta el conjunto de la materia en sí, con el fin de determinar si dicha injerencia «era proporcional respecto del objetivo legítimo perseguido» y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla parecían «pertinentes y suficientes». Obrando así, el Tribunal deberá convencerse de que las autoridades nacionales hayan aplicado normas conformes a los principios consagrados por el artículo 11, lo cual deberá basarse, por añadidura, en una valoración aceptable de los hechos pertinentes (véase, por ejemplo, la *Demanda de Sidiro-poulos y otros contra Grecia*, 10 de julio de 1998, *Recopilación de las sentencias y decisiones 1998-IV, Partido comunista unificado de Turquía y otros*

*contra Turquía*, 30 de enero de 1998, art. 47, *Recopilación 1998-I*, y *Partidul Comunistilor (Nepeceristi)* y *Ungureanu* antes citado, art. 49).

76. Según un bien establecido principio de la jurisprudencia del Tribunal, no existe democracia sin pluralismo. En efecto, una de las características principales de la democracia reside en la posibilidad establecida por ésta de debatir, mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia, las cuestiones planteadas por las distintas tendencias de opinión política, y eso aunque resulten molestas o inquietantes. En efecto, la democracia se sustenta en la libertad de expresión. Es la razón por la que esta libertad, consagrada por el artículo 10, sea válida, bajo las reservas del párrafo 2, no sólo para aquellas «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que resulten contrarias, chocantes o inquietantes (véanse, entre otros muchos, *Handyside contra el Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, art. 49, serie A n° 24, y *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994, art. 37, serie A n° 298). Desde el momento en que sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, los partidos políticos pueden ya acogerse a la protección de los artículos 10 y 11 del Convenio (véase la antes citada *Demanda del Partido comunista unificado de Turquía*, y otros, *contra Turquía*, arts. 42 y 43).

77. En efecto, las excepciones contempladas en el artículo 11 precisan de una interpretación estricta, pues sólo unas razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a la libertad de asociación. Para juzgar, en un caso similar, respecto de la existencia de una necesidad, según lo dispuesto en el art. 2 del artículo 11, los Estados sólo disponen de un reducido margen de apreciación, lo cual se acentúa por un riguroso control europeo riguroso referido, al mismo tiempo, a la ley y a las decisiones que constituyen aplicación de ella, incluidos las que provienen de una jurisdicción independiente (véase, por ejemplo, el antes citado *Sidiropoulos y otros*, art. 40). Esto adquiere aún más validez respecto de los partidos políticos, dada la importancia de su papel en «una sociedad democrática» (véase, por ejemplo, el antes citado *Partido comunista unificado de Turquía y demás*, arts. 25, 43 y 46).

78. De forma adicional, de acuerdo con la bien establecida jurisprudencia del Tribunal, unas medidas severas, como la disolución de un partido político entero, no podrán aplicarse más que a los casos más graves (véase *Refah Partisi, Partido comunista unificado de Turquía y demás*, antes citado, art. 46, *Partido socialista y otros contra Turquía*, 25 de mayo de 1998, art. 50, *Recopilación 1998-III*, y *Partido de la libertad y la democracia (ÖZDEP) contra Turquía* [GC], n° 23885/94, art. 45, CEDDH 1999-VIII). En este sentido, la naturaleza e

importancia de las injerencias son, asimismo, elementos a tenerse en cuenta cuando se trate de ponderar su proporcionalidad (véase, por ejemplo, *Süreker contra Turquía* (n° 1) [GC], n° 26682/95, art. 64, CEDDH 1999-IV).

79. Sin embargo, el Tribunal siente que le incumbe el deber de recordar, asimismo, que un partido político puede desarrollar una campaña favorable a un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado, si cumple con dos condiciones: (1) los medios utilizados a tal efecto deben ser, bajo cualquier aspecto, legales y democráticos; (2) el mismo cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De esto se deduce, necesariamente, que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia, o propongan un proyecto político que no respete una o más normas de la democracia, o que se proponga como meta la destrucción de ésta, así como la ignorancia de los derechos y libertades que reconoce, no podrá prevalerse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos (véase, *mutatis mutandis*, *Partido socialista y otros c. Turquía* antes citado, arts. 46 y 47, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumania*, antes citado, art. 46, *Yazar y otros c. Turquía*, n°s 22723/93, 22724/93 y 22725/93, art. 49, CEDDH 2002-II, y *Refah Partisi y otros* antes citado, art. 98).

80. Es cierto que el Tribunal ya consideró que los estatutos y el programa de un partido político no pueden tenerse en cuenta, como criterio único, con el fin de determinar sus objetivos e intenciones. Hay que comparar el contenido de este programa con los actos y las tomas de posición de los miembros y los dirigentes del partido en cuestión. El conjunto de estos actos y tomas de posición, en el caso de formar un conjunto revelador respecto del objetivo y las intenciones del partido, podrá tenerse en cuenta en el procedimiento de disolución de un partido político (sentencias antes citadas *Partido comunista unificado de Turquía y demás*, art. 58, y *Partido socialista y otros*, art. 48).

81. El Tribunal considera, sin embargo, que no se podría exigir por parte del Estado el que esperase, antes de intervenir, a que un partido político se apropiase del poder y comenzase a desarrollar un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia, adoptando medidas concretas encaminadas a llevar a cabo tal proyecto, incluso si el peligro que este último constituyera para la democracia fuese lo bastante demostrado e inminente. El Tribunal acepta que, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales establezcan la existencia de tal peligro, tras un examen a fondo y sometido a un control europeo riguroso, un Estado deberá poder «impedir de modo razonable que se lleve a cabo un (...) proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que éste sea puesto en práctica por

actos concretos que supongan el riesgo de comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país» (*Refah Partisi* antes citado, art. 102).

82. Según el Tribunal, tal poder de intervención preventiva del Estado se atiende también a las obligaciones positivas que incumben a las Partes signatarias, con arreglo al artículo 1 del Convenio del respeto de los derechos y libertades de las personas que dependan de sus jurisdicciones. Estas obligaciones no se limitan a las infracciones posibles que puedan resultar de las acciones u omisiones imputables a los agentes del Estado, o que tengan lugar en instituciones públicas, sino que también contemplan las infracciones imputables a personas privadas, en el marco de estructuras no dependientes de la gestión del Estado. Un Estado contratante del Convenio, basándose en sus obligaciones positivas, podrá imponer a los partidos políticos, y a las formaciones destinadas a acceder al poder y a dirigir una parte importante del aparato estatal, el deber de respetar y salvaguardar los derechos y libertades garantizados por el Convenio, así como la obligación de no proponer ningún programa político que esté en contradicción con los principios fundamentales de la democracia (véase *Refah Partisi* antes citado, art. 103).

83. En este sentido, el Tribunal recuerda que el adjetivo «necesario», según lo dispuesto en art. 2 del artículo 11, supone una «imperiosa necesidad social». Por lo tanto, el examen de la cuestión de saber si la disolución de un partido político, por el riesgo de atentar contra los principios democráticos, responde a una «imperiosa necesidad social» (véase, por ejemplo, el antes citado *Partido socialista y otros*, art. 49) deberá centrarse en el aspecto de saber si existen índices que pongan de manifiesto que el riesgo de ataque a la democracia, bajo la reserva de hallarse establecido, está suficiente y razonablemente cercano, y en el aspecto de estudiar si los actos y discursos constituyen un conjunto que suministre la imagen evidente de un modelo de sociedad concebido y fomentado por el partido, y que estaría en contradicción con el concepto de una «sociedad democrática».

## ii. *Aplicación de estos principios al caso particular*

84. El Tribunal consagrará la primera parte de su examen a investigar si la disolución de los partidos demandantes respondió a una «imperiosa necesidad social». Apreciará a continuación, en caso necesario, si esta sanción fue «proporcional a los objetivos legítimos perseguidos». Para ello considerará, al igual que lo hace el Tribunal Supremo (véanse los arts. 30 a 33 *supra*), que ambos demandantes constituyen «un sujeto real único (...)». Por lo tanto, se entenderá que los argumentos que figuran a continuación son aplicables a los dos demandantes.

## α) Imperiosa necesidad social

85. El Tribunal indica que, en el momento que decidió la disolución, el Tribunal Supremo no se limitó a mencionar la ausencia de condena, por parte de los demandantes, de los atentados cometidos por la organización ETA, sino que presentó una enumeración de los comportamientos que permitían deducir que los partidos políticos demandantes eran instrumentos de la estrategia terrorista de ETA. Según opinión del Tribunal, estos elementos pueden clasificarse, en particular, en dos grupos: por una parte, los que han fomentado un clima de confrontación social y, por otra parte, los que han constituido una actividad implícita de apoyo al terrorismo llevado a cabo por ETA. El Tribunal recuerda, en particular, los eslóganes y expresiones pronunciados a lo largo de la manifestación convocada por Batasuna en San Sebastián el 11 de agosto de 2002, encabezando la cual se hallaban A.O., J.P. y J.A., dirigentes de este partido. En efecto, dejando aparte los eslóganes de apoyo a los presos de ETA, se habían escuchado expresiones amenazadoras como «*borroka da bide bakarra*» (la lucha es la única vía), «*zuek faxistak zarete terroristak*» (vosotros, fascistas, sois los verdaderos terroristas) o «*gora ETA militarra*» (viva la ETA militar). Por otra parte, el Tribunal siente el deber de mencionar, asimismo, la entrevista concedida por un representante de Batasuna en el Parlamento vasco al diario *Egunakaria* el 23 de agosto de 2002, dónde el primero afirmaba que «ETA no está por la lucha armada debido a un capricho, sino [que es] una organización que se ve en la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado». Por último, el Tribunal llama la atención sobre la participación de un consejero de Batasuna en una manifestación de apoyo a ETA, sobre el reconocimiento de terroristas de ETA como hijos predilectos de las ciudades con ayuntamientos regidos por los demandantes, y sobre el hecho de que en el sitio de Internet del segundo demandante figurase el anagrama de «*Gestoras Pro Amnistía*», organización declarada ilegal por el juez del juzgado central de instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, e inscrita en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas (posición común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC).

86. En el conjunto de los casos, tal y como lo han recabado los órganos jurisdiccionales internos, se trata de comportamientos muy próximos a un apoyo explícito a la violencia, y de enaltecimiento de personas muy probablemente vinculadas al terrorismo. Así pues, pueden considerarse tales elementos como instigadores de conflictos sociales entre los partidarios de los partidos demandantes y los del resto de las formaciones políticas, en particular los de las del País Vasco. Recuerda, a este respecto, que los actos y discursos de los

miembros y dirigentes de los partidos demandantes invocados por el Tribunal Supremo no excluyen el recurso a la fuerza con el propósito de conseguir sus intenciones. Por lo tanto, el Tribunal considera que los argumentos de los tribunales nacionales han dado suficiente justificación del hecho que las confrontaciones corren el riesgo de originar en la sociedad unos movimientos violentos que perturbarían el orden público, como ocurrió ya en el pasado.

87. A este respecto, no puede estar de acuerdo con los argumentos de los demandantes, que indican que ninguno de los comportamientos señalados por el Tribunal Supremo figura como causa de disolución de un partido político en el texto de la LOPP. En efecto, es opinión del Tribunal que los actos de los demandantes deben ser analizados, en su conjunto, como formando parte de una estrategia para llevar a cabo su proyecto político, en esencia contrario a los principios democráticos que preconiza la Constitución española. Esto responde al motivo de disolución establecido en el Artículo 9 art. 2 c) de la LOPP, a saber, el de completar y apoyar políticamente la acción de las organizaciones terroristas para alcanzar fines que consistan en perturbar el orden constitucional o en alterar gravemente la paz pública. Por otra parte, en cuanto a los argumentos de los demandantes, según los cuales estas manifestaciones deben ser consideradas protegidas por el derecho a la libertad de expresión, el Tribunal estima que los métodos empleados no han respetado los límites fijados por la jurisprudencia del Convenio, es decir, la legalidad de los medios utilizados para ejercer este derecho, así como su compatibilidad con los principios democráticos fundamentales.

88. El Tribunal está de acuerdo con los argumentos del Tribunal Constitucional expuestos en el párrafo 46, *supra*, cuando la alta jurisdicción consideró el rechazo a condenar la violencia como una actitud de apoyo tácito al terrorismo, y esto en un contexto de terrorismo existente desde más de treinta años, y que es condenado por el conjunto de los otros partidos políticos. Según la opinión de los demandantes, la disolución se habría basado exclusivamente en esta falta de condena de los actos violentos. Sin embargo, el Tribunal desea destacar que este elemento no constituyó la única base para la disolución de los partidos demandantes. En efecto, el Tribunal Constitucional señaló que se añadía a una pluralidad de actos y de comportamientos, de carácter grave y reiterado, que permitían concluir que existía un compromiso con el terror y contra la coexistencia organizada en el marco de un Estado democrático. En cualquier caso, el Tribunal indica que el mero hecho de que la disolución estuviese también basada en este elemento no habría sido contrario al Convenio, pues el comportamiento de los políticos englobando ordinariamente no sólo sus acciones o discursos, sino también, en

ciertas circunstancias, sus omisiones o silencios, que pueden ser equivalentes a tomas de posición, y tener igual expresividad que toda acción de apoyo deliberado (véase, *mutatis mutandis*, *Ždanoka contra Letonia* [GC], n° 58278/00, arts. 123 y 130, CEDDH 2006 ...).

89. El Tribunal considera que, en este caso, los organismos jurisdiccionales internos llegaron a conclusiones razonables, después de un estudio detallado de los elementos de los que disponían, y no ve razón alguna para discrepar del razonamiento del Tribunal Supremo, que llegó a la conclusión de la existencia de un vínculo entre los partidos demandantes y ETA. Además, habida cuenta de la situación existente en España desde hace muchos años respecto de los atentados terroristas, y más especialmente en la «región políticamente sensible» que constituye el País Vasco (véase, *mutatis mutandis*, *Leroy contra Francia*, n° 36109/03, art. 45,2 de octubre de 2008), estos vínculos pueden considerarse, de modo objetivo, como una amenaza contra la democracia.

90. Según la opinión del Tribunal, las actas del Tribunal Supremo deben inscribirse en la preocupación internacional de condena del enaltecimiento del terrorismo, como lo prueba en el ámbito europeo la decisión marco respecto de la lucha contra el terrorismo decidida por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002, cuyo artículo 4 contempla la incitación al terrorismo; la posición común de la Unión Europea del 27 de diciembre de 2001 relativa a la lucha contra el terrorismo, adoptada poco después de los atentados del 11 de septiembre, que obliga a los Estados a adoptar medidas que supriman el «apoyo activo y pasivo» a las entidades y a las personas terroristas; y, finalmente, la Resolución 1308 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre las restricciones que afectan a los partidos políticos de los Estados Miembro del Consejo de Europa, así como el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo que entró en vigor el 1 de junio de 2007, firmada, pero no ratificada, por España, cuyo artículo 5 prevé la incriminación de la «provocación pública con vistas a perpetrar una infracción terrorista». Por otra parte, este último Convenio reconoce, en su artículo 10, la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en las infracciones terroristas que figuran en el Convenio, y su artículo 9 penaliza la contribución a la perpetración de una de estas infracciones.

91. Como consecuencia, el Tribunal suscribe los argumentos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y considera que los actos y discursos imputables a los partidos políticos demandantes constituyen un conjunto que da una imagen evidente de un modelo de sociedad concebido y predicado por los partidos, y que estaría en contradicción con el concepto

de «sociedad democrática» (véase, *a contrario*, el antes citado caso de *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu*). Por consiguiente, la sanción impuesta por el Tribunal Supremo, y confirmada por el Tribunal Constitucional, a los demandantes puede considerarse, razonablemente, respuesta ante una «imperiosa necesidad social», incluso en el marco del reducido margen de apreciación del cual disponen los Estados.

β) Proporcionalidad de la medida objeto de litigio

92. Queda por saber si la injerencia objeto de litigio era proporcionada, respecto del objetivo legítimo perseguido.

93. A este respecto, el Tribunal recuerda que acaba de constatar que la injerencia en cuestión respondía a una «imperiosa necesidad social». Por lo tanto, habida cuenta del hecho de que los proyectos previamente mencionados estaban en contradicción con el concepto de «sociedad democrática» y suponían grave riesgo para la democracia española, la sanción impuesta a los demandantes es proporcional al legítimo objetivo que se quería obtener, según lo dispuesto en el art. 2 del artículo 11 (*Refah Partisi contra Turquía*, antes citado, arts. 133 y 134).

### C. Conclusión del Tribunal respecto del artículo 11

94. Después de un riguroso control, en lo relativo a la presencia de razones convincentes e imperativas que pudieran justificar la disolución de los partidos políticos demandantes, el Tribunal considera que esta injerencia correspondía a una «imperiosa necesidad social» y «al objetivo a conseguir». De ello se deduce que la disolución puede estimarse «necesaria en el seno de una sociedad democrática», con vistas, en particular, al mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de otros, según lo dispuesto en el art. 2 del artículo 11.

95. A la luz de cuanto precede, el Tribunal concluye que no se ha dado violación alguna del artículo 11 del Convenio.

## II. SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO

96. Los demandantes alegan, asimismo, el artículo 10 del Convenio, cuya lectura esencialmente es la siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar información o ideas sin que haya injerencia por parte de las autoridades públicas, y sin consideraciones de frontera (...)

2. El ejercicio de estas libertades, que suponen deberes y responsabilidades, puede someterse a ciertas formalidades, trámites, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que, en una sociedad democrática, constituyen medidas necesarias con vistas a garantizar la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos de otros, y para impedir la revelación de información confidencial o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial».

97. Es opinión del Tribunal que las cuestiones planteadas por los demandantes, desde el punto de vista contemplado por este artículo, inciden sobre los mismos hechos que aquellos estudiados en el ámbito del artículo 11 del Convenio. Por lo tanto, no considera necesario examinarlos por separado.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. Declara que no ha habido violación del artículo 11 del Convenio;
2. Declara que no ha lugar a examinar por separado las demandas basadas en el artículo 10 del Convenio.

Hecho en francés, y luego comunicado por escrito el 30 de junio de 2009, de conformidad con el artículo 77, arts. 2 y 3, del Reglamento.

Claudia Westerdiek Peer Lorenzen  
Secretaria Presidente del Tribunal

SENTENCIA SOBRE EL ASUNTO DE HERRI BATASUNA  
Y BATASUNA CONTRA ESPAÑA

## Referencia

- <sup>1</sup> Traducción del Gabinete de Traductores de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior.



SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)  
de 8 de septiembre de 2009<sup>1</sup>

*«Petición de decisión prejudicial – Artículo 49 CE – Restricciones a la libre prestación de servicios – Explotación de juegos de azar por Internet»*

En el asunto C-42/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto (Portugal), mediante resolución de 26 de enero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de febrero de 2007, en el procedimiento entre

**Liga Portuguesa de Futebol Profissional,**

**Bwin International Ltd,** anteriormente Baw International Ltd,

contra

**Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas y K. Lenaerts, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Tizzano y J.N. Cunha Rodrigues, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. K. Schiemann (Ponente), J. Klučka y A. Arabadjiev, la Sra. C. Toader y el Sr. J.-J. Kasel, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretarios: Sra. K. Sztranc-Sławiczek y Sr. B. Fülöp, administradores;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 29 de abril de 2008;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International Ltd, por el Sr. E. Serra Jorge, abogado, y por los Sres. C.-D. Ehlermann y A. Gutermuth, Rechtsanwälte;
- en nombre del Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, por el Sr. V. Rodrigues Feliciano, procurador-adjunto;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes y por las Sras. L. Duarte y A. Matos Barros, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno belga, por las Sras. A. Hubert y L. Van den Broeck, en calidad de agentes, asistidas por el Sr. P. Vlaemminck, advocaat;
- en nombre del Gobierno danés, por el Sr. J. Liisberg, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno griego, por las Sras. N. Dafniou, O. Patso-poulou y M. Tassopoulou, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. C. Wissels y el Sr. M. de Grave, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno esloveno, por la Sra. T. Mihelič, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno finlandés, por el Sr. J. Heliskoski, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno noruego, por los Sres. P. Wennerås y J.A. Dalbakk, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. E. Traversa y la Sra. M. Afonso, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de octubre de 2008;

dicta la siguiente

## Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 56 CE.
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre, por un lado, la Liga Portuguesa de Futebol Profissional (en lo sucesivo, «Liga») y Bwin International Ltd (en lo sucesivo, «Bwin»), anteriormente Baw International Ltd, y, por otro lado, el Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (en lo sucesivo, «Santa Casa»), en relación con las multas que la dirección de dicho departamento impuso a las primeras por infracción de la normativa portuguesa aplicable a la oferta de determinados juegos de azar por Internet.

### Marco jurídico

#### *Normativa portuguesa relativa a los juegos de azar*

- 3 En Portugal, el principio general que rige en materia de juegos de azar es el de prohibición, si bien el Estado se reserva la posibilidad de autorizar, con arreglo al régimen que considere más adecuado, la explotación directa de uno o de varios juegos por un organismo del Estado o directamente dependiente de él o de conceder esta explotación a entidades privadas, con ánimo de lucro o sin él, a través de licitaciones convocadas con arreglo al Código de procedimiento administrativo.
- 4 Los juegos de azar en forma de loterías, loto y apuestas deportivas se conocen en Portugal con la denominación de juegos sociales («jogos sociais») y su explotación se confía sistemáticamente a la Santa Casa.
- 5 Cada uno de los juegos de azar organizados por la Santa Casa se crea de forma independiente mediante Decreto-ley y un reglamento del Gobierno regula toda la organización y explotación de los diferentes juegos ofrecidos por aquélla, incluidos el importe de las apuestas, la distribución de premios, la periodicidad de los sorteos, el porcentaje concreto para cada premio, los modos de recaudación de las apuestas, la forma de selección de los distribuidores autorizados y las modalidades y los plazos para el pago de los premios.
- 6 El primero de estos juegos fue la lotería nacional (Lotaria Nacional), creada por edicto real de 18 de noviembre de 1783, por el que se atribuye a la Santa Casa su concesión, que no ha dejado de renovarse desde entonces. En la actualidad, esta lotería consiste en un sorteo mensual de números.

- 7 Como consecuencia de una serie de desarrollos normativos, la Santa Casa adquirió el derecho de organizar otros tipos de juegos de azar basados en la extracción de números o en competiciones deportivas. Se crearon de este modo dos juegos de apuestas deportivas sobre partidos de fútbol denominados «Totobola» y «Totogolo», que permitían a los jugadores apostar sobre el resultado (victoria, empate o derrota) y el número de goles marcados por los equipos, respectivamente. Hay también dos tipos de loto: el Totoloto, que consiste en la selección de 6 números entre 49, y el EuroMillions, que se juega a nivel europeo. Los jugadores que participan en el Totobola o en el Totoloto tienen también la posibilidad de participar en un juego denominado «Joker», que consiste en la extracción aleatoria de un número. Hay un último juego de rasca y gana, el de la Lotaria Instantânea, que se denomina comúnmente «raspadinha».

*La oferta de juegos sociales por Internet*

- 8 En 2003, el marco jurídico relativo a las loterías, los juegos tipo loto y las apuestas deportivas fue adaptado para dar respuesta a los desarrollos técnicos que permitían ofrecer juegos mediante soporte electrónico, en particular por Internet. Estas medidas se establecen en el Decreto-ley nº 282/2003, de 8 de noviembre de 2003 (*Diário da República* I, serie A, nº 259, de 8 de noviembre de 2003). Tienen fundamentalmente por objeto, por una parte, autorizar a la Santa Casa a distribuir sus productos en soporte electrónico y, por otra parte, extender el derecho exclusivo de explotación de la Santa Casa a los juegos ofrecidos mediante soporte electrónico, en particular por Internet, prohibiendo, por tanto, la utilización de estos medios a los demás operadores.
- 9 El artículo 2 del Decreto-ley nº 282/2003 atribuye en exclusiva a la Santa Casa, a través de su departamento de juegos, la explotación en soporte electrónico de los juegos de que se trata, así como de cualesquiera otros cuya explotación le sea conferida, y precisa que este régimen de exclusividad abarca todo el territorio nacional, con inclusión, entre otros ámbitos, de Internet.
- 10 El artículo 11, apartado 1, del Decreto-ley nº 282/2003 tipifica como infracción administrativa:
- «a) la promoción, organización o explotación por vía electrónica de los juegos [cuya explotación ha sido atribuida a la Santa Casa] en infracción del régimen de exclusividad previsto en el artículo 2 [de dicho Decreto-ley], así como la emisión, distribución o venta de billetes virtuales y la publicidad de

los respectivos sorteos, tanto si tienen lugar en el territorio nacional como en el extranjero;

b) la promoción, organización o explotación por vía electrónica de las loterías o de otros sorteos análogos a los de la Lotaría Nacional o de la Lotaría Instantánea en infracción del régimen de exclusividad previsto en el artículo 2 [de dicho Decreto-ley], así como la emisión, distribución o venta de billetes virtuales y la publicidad de los respectivos sorteos, tanto si tienen lugar en el territorio nacional como en el extranjero;

[...]»

- 11 El artículo 12, apartado 1, del Decreto-ley nº 282/2003 establece las cuantías máximas y mínimas de las multas con las que se sancionan las infracciones administrativas contempladas, en particular, en el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), de este Decreto-ley. En relación con las personas jurídicas, se dispone que la multa no podrá ser inferior a 2.000 euros ni superior al triple de la suma total que se estime que se ha recaudado mediante la organización del juego, siempre que este triple sea superior a 2.000 euros y no exceda el límite de 44.890 euros.

#### *Organización y actividades de la Santa Casa*

- 12 Las actividades de la Santa Casa estaban reguladas, en la época en que acaecieron los hechos del litigio principal, por el Decreto-ley nº 322/91, de 26 de agosto de 1991, que aprueba los estatutos de la Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (*Diário da República* I, serie A, nº 195, de 26 de agosto de 1991), en su versión modificada por el Decreto-ley nº 469/99, de 6 de noviembre de 1999 (*Diário da República* I, serie A, nº 259, de 6 de noviembre de 1999) (en lo sucesivo, «Decreto-ley nº 322/91).
- 13 La exposición de motivos del Decreto-ley nº 322/91 subraya la importancia de la Santa Casa en sus múltiples aspectos –histórico, social, patrimonial y económico–, para concluir que el Gobierno ha de prestarle «una atención especial y permanente para preservarla de disfunciones interpretativas o prácticas [...] previendo, no obstante, la concesión de la mayor autonomía para la gestión y explotación de juegos sociales».
- 14 A tenor del artículo 1, apartado 1, de sus estatutos, la Santa Casa es una «persona jurídica de utilidad pública administrativa». Los órganos de administración de la Santa Casa están constituidos, conforme al artículo 12, apartado 1, de sus estatutos, por un director y un consejo de administración. De conformidad con el artículo 13 de los mismos estatutos, el director es nombrado mediante decreto del Primer Ministro, mientras

que los demás miembros del consejo de administración de la Santa Casa son designados por órdenes ministeriales de los miembros del Gobierno bajo cuya tutela se encuentra dicha institución.

- 15 Con arreglo al artículo 20, apartado 1, de sus estatutos, se han confiado a la Santa Casa misiones concretas en los ámbitos de protección de la familia, la maternidad y la infancia, de ayuda a los menores desprotegidos y en peligro, de ayuda a los ancianos, de situaciones sociales de graves carencias, así como de prestaciones de asistencia sanitaria primaria y especializada.
- 16 La recaudación procedente de los diferentes juegos de azar se reparte entre la Santa Casa y otras instituciones de utilidad pública o implicadas en ámbitos de acción social. Entre estas otras instituciones de utilidad pública se encuentran asociaciones de bomberos voluntarios, instituciones privadas de solidaridad social y establecimientos de prevención y rehabilitación de personas con discapacidad, así como el Fondo de fomento cultural.
- 17 La explotación de los juegos de azar es competencia del departamento de juegos de la Santa Casa. Este departamento se rige por un reglamento aprobado, al igual que los estatutos de la Santa Casa, por el Decreto-ley nº 322/91 y dispone de sus propios órganos de administración y control.
- 18 Con arreglo al artículo 5 del reglamento del departamento de juegos, el órgano de administración de este departamento está compuesto por el director de la Santa Casa, quien debe asumir la presidencia, y dos consejeros delegados, nombrados por orden ministerial conjunta del Ministro de Trabajo y Solidaridad y del Ministro de Sanidad. De conformidad con los artículos 8, 12 y 16 del reglamento del departamento de juegos, los miembros de los jurados de los concursos, de la mesa de los sorteos y del tribunal de reclamaciones son, en su mayoría, representantes de la administración pública, concretamente de la Inspección general de finanzas y del Gobierno civil de Lisboa. Así, el presidente del tribunal de reclamaciones, quien dispone de voto de calidad, pertenece a la judicatura y es designado por orden del Ministro de Justicia. Dos de los tres miembros de dicho tribunal son nombrados por orden del Inspector general de finanzas y del Gobernador civil de Lisboa, respectivamente, mientras que la designación del tercero corresponde al director de la Santa Casa.
- 19 El departamento de juegos tiene atribuidas potestades de autoridad administrativa para iniciar, instruir e impulsar procedimientos de infracción por explotación ilícita de juegos de azar atribuidos en exclusiva a la

Santa Casa. El Decreto-ley nº 282/2003 confiere, en particular, a la dirección de dicho departamento la potestad administrativa necesaria para imponer las multas previstas en su artículo 12, apartado 1.

### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

- 20 Bwin es una empresa de juegos en línea con domicilio en Gibraltar. Propone juegos de azar en su sitio de Internet.
- 21 Bwin no cuenta con ningún establecimiento en Portugal. Sus servidores para la oferta en línea se encuentran en Gibraltar y Austria. Todas las apuestas son realizadas directamente por el consumidor en el sitio de Internet de Bwin o mediante cualquier otro medio de comunicación directa. Las apuestas dinerarias se satisfacen mediante tarjeta bancaria o por otros medios de pago electrónico. El importe de las eventuales ganancias se computa en la cuenta de apuestas abierta por Bwin a nombre del jugador, quien puede utilizar este dinero para seguir jugando o solicitar que se le transfiera a su cuenta bancaria.
- 22 Bwin propone una amplia gama de juegos de azar en línea, en la que se incluyen apuestas deportivas, juegos de casino como la ruleta y el póquer y juegos basados en la extracción aleatoria de números, análogos al Totoloto de la Santa Casa.
- 23 Las apuestas deportivas propuestas se refieren a los resultados tanto de partidos de fútbol como de otras competiciones deportivas. Entre las diferentes posibilidades de juego se incluyen apuestas sobre los resultados (victoria, empate o derrota) de los partidos de fútbol de la liga portuguesa, que son equivalentes a los juegos Totobola y Totogolo, cuya explotación está atribuida a la Santa Casa. Bwin propone además apuestas deportivas en línea en tiempo real, con cuotas variables que fluctúan a medida que se desarrolla el acontecimiento deportivo sobre el que se apuesta. Las informaciones sobre, en particular, el resultado del partido, el tiempo transcurrido o las tarjetas amarillas o rojas mostradas se publican en tiempo real en el sitio de Internet de Bwin, lo que permite a los jugadores efectuar apuestas interactivamente a lo largo del desarrollo del acontecimiento deportivo.
- 24 Según se expone en la resolución de remisión, la Liga es una persona jurídica de Derecho privado con estructura asociativa y sin ánimo de lucro que integra todos los clubes que participan en las competiciones de fútbol profesional de Portugal. Organiza, en particular, la competición de

fútbol correspondiente a la primera división nacional, cuya explotación comercial le corresponde.

- 25 La Liga y Bwin han precisado en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia que, en virtud del contrato de patrocinio que celebraron el 18 de agosto de 2005 para cuatro temporadas deportivas a partir de la temporada 2005/2006, Bwin asumió la condición de principal patrocinador institucional de la primera división de fútbol en Portugal. Conforme a este contrato, la primera división, anteriormente denominada «Super Liga», pasó a denominarse, en un primer momento, «Liga betandwin.com» y, posteriormente, «Bwin Liga». Además, los logotipos de Bwin se exhibían en la equipación utilizada por los jugadores y en los estadios de los clubes de primera división. Por otro lado, se incluyeron en el sitio de Internet de la Liga referencias y un enlace al sitio de Internet de Bwin, que permitía a los consumidores establecidos en Portugal y en otros Estados utilizar los servicios de juegos de azar propuestos de este modo.
- 26 La dirección del departamento de juegos de la Santa Casa, en ejercicio de las competencias conferidas en el Decreto-ley nº 282/2003, impuso a la Liga y a Bwin multas de 75.000 euros y de 74.500 euros, respectivamente, por las infracciones administrativas contempladas en el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), del mismo Decreto-ley. Estos importes expresan la acumulación jurídica de dos multas impuestas a la Liga y a Bwin, por un lado, por haber promocionado, organizado y explotado por Internet juegos sociales concedidos a la Santa Casa o juegos análogos a éstos y, por otro lado, por haber publicitado la realización de estos juegos.
- 27 La Liga y Bwin recurrieron ante el órgano jurisdiccional remitente para obtener la anulación de estas decisiones, invocando, en particular, las normas y la jurisprudencia comunitarias en esta materia.
- 28 En estas circunstancias, el Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«[¿Constituye el] [...] régimen de exclusividad, de que disfruta la Santa Casa, [...] un obstáculo a la libre prestación de servicios que vulnera los principios de libre prestación de servicios, de libertad de establecimiento y de libertad de pagos, consagrados en los artículos 49 [CE], 43 [CE] y 56 [CE], respectivamente, en la medida en que se aplica a [Bwin], es decir, a un prestador de servicios que está domiciliado en otro Estado miembro, donde presta legalmente servicios análogos, y que no cuenta con ningún establecimiento físico en Portugal[?]»

[¿Se oponen] [...] el Derecho comunitario y, en especial, los principios mencionados [...] a un régimen nacional, como el controvertido en el asunto principal, que, por un lado, consagra un régimen de exclusividad, en favor de una única entidad, para la explotación de loterías y apuestas mutuas y, por otro lado, extiende ese régimen a «todo el territorio nacional, con inclusión [...] de Internet»[?]

### **Sobre la solicitud de que se ordene la reapertura de la fase oral**

- 29 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de octubre de 2008, Bwin solicitó al Tribunal de Justicia que ordenara la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento.
- 30 Con arreglo a dicha disposición, se oyó al Abogado General a este respecto.
- 31 El Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (véase, en particular, la sentencia de 26 de junio de 2008, Burda, C-284/06, Rec. p. I-4571, apartado 37 y jurisprudencia citada).
- 32 Sin embargo, ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes formulen observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General.
- 33 En su solicitud, Bwin se limita esencialmente a comentar las conclusiones del Abogado General censurando el que, en relación con determinados elementos fácticos, se haya basado en las observaciones presentadas por la Santa Casa y el Gobierno portugués sin hacer referencia a los argumentos invocados por dicha empresa y por la Liga para su refutación y sin tan siquiera mencionar que eran objeto de controversia.
- 34 El Tribunal de Justicia considera que, en el presente caso, dispone de todos los elementos necesarios para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que no procede examinar el asunto a la luz de una alegación que no ha sido debatida ante este Tribunal.
- 35 Por consiguiente, no procede acordar la reapertura de la fase oral del procedimiento.

### **Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial**

- 36 En las observaciones que ha presentado ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno italiano niega la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por estimar que con la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se solicita que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la compatibilidad de una disposición de Derecho nacional con el Derecho comunitario.
- 37 A este respecto, procede recordar que el sistema de cooperación instaurado por el artículo 234 CE se basa en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. En el marco de un procedimiento entablado con arreglo a dicho artículo, la interpretación de las normas nacionales es tarea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no del Tribunal de Justicia, sin que corresponda a éste pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria (sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 36).
- 38 Debe señalarse que, con su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente no solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa específica en materia de juegos de azar en Portugal, sino sólo sobre algunos elementos de ésta que se describen en términos genéricos y, en concreto, sobre la prohibición por la que, con excepción de la Santa Casa, se impide a los prestadores de servicios, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, proponer por Internet en territorio portugués juegos de azar concedidos a la Santa Casa o juegos análogos a éstos. Esta solicitud es admisible.
- 39 Además, los Gobiernos italiano, neerlandés y noruego, así como la Comisión de las Comunidades Europeas, cuestionan la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por entender que no incluye las suficientes indicaciones sobre el contenido y los objetivos de la normativa portuguesa aplicable al litigio principal.
- 40 Por lo que se refiere a la información que ha de proporcionarse al Tribunal de Justicia en el marco de una resolución de remisión, es preciso recordar que tal información no sólo sirve para que el Tribunal de Justicia

pueda dar respuestas útiles al órgano jurisdiccional remitente, sino que también ha de ofrecer a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia. De una jurisprudencia reiterada se desprende que a estos efectos, por una parte, es necesario que el juez nacional defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Por otra parte, en la resolución de remisión deben figurar las razones precisas que han conducido al juez nacional a plantearse la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario someter cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En este contexto, es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio principal (véase la sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 34 y jurisprudencia citada).

- 41 A este respecto, es cierto que la precisión, cuando no la utilidad, tanto de las observaciones presentadas por los Gobiernos de los Estados miembros y por las demás partes interesadas como de la respuesta del Tribunal de Justicia puede depender de que las indicaciones sobre el contenido y los objetivos de la normativa aplicable en el litigio principal sean lo suficientemente detalladas. Sin embargo, habida cuenta de la separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, no puede exigirse que, antes de dirigirse a este último, el órgano jurisdiccional remitente haya efectuado todas las constataciones fácticas y las apreciaciones jurídicas que le incumben en el marco de su misión jurisdiccional. Basta con que el objeto del litigio principal y sus principales implicaciones para el ordenamiento jurídico comunitario se desprendan de la petición de decisión prejudicial para que se permita a los Estados miembros presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia y participar eficazmente en el procedimiento entablado ante éste.
- 42 En el asunto principal, la resolución de remisión cumple estos requisitos. El órgano jurisdiccional remitente ha definido el marco fáctico y normativo en el que se inserta la cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia. En la medida en que no constan en dicha resolución los objetivos de la normativa portuguesa en materia de juegos de azar, el Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión planteada teniendo en cuenta, en parti-

cular, los objetivos que han invocado ante él las partes del litigio principal y el Gobierno portugués. Por tanto, el Tribunal de Justicia considera que, en estas circunstancias, dispone de todos los elementos necesarios para responder a esta cuestión.

- 43 Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

### **Sobre la cuestión prejudicial**

- 44 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 56 CE.

#### *Sobre la aplicabilidad de los artículos 43 CE y 56 CE*

- 45 Dado que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere no sólo al artículo 49 CE, sino también a los artículos 43 CE y 56 CE, debe señalarse en primer lugar que, a la luz de la información que consta en autos, estos dos últimos artículos no resultan aplicables en el litigio principal.
- 46 En lo que atañe a la aplicabilidad del artículo 43 CE, consta que Bwin ejerce sus actividades en Portugal exclusivamente por Internet, sin contar con intermediarios situados en territorio portugués y, por tanto, sin que se haya creado ningún establecimiento principal o secundario en Portugal. Asimismo, no se desprende de los autos que Bwin haya tenido intención de establecerse en Portugal. Por consiguiente, nada indica que puedan aplicarse en el litigio principal las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento.
- 47 En cuanto a la aplicabilidad del artículo 56 CE, procede señalar que los eventuales efectos restrictivos de la normativa nacional controvertida en el litigio principal sobre la libre circulación de capitales y la libertad de pagos no son sino la consecuencia necesaria de las eventuales restricciones impuestas a la libre prestación de servicios. Cuando una medida nacional atañe simultáneamente a diversas libertades fundamentales, el Tribunal de Justicia la examina, en principio, a la luz de una sola de estas libertades, si se demuestra que, en las circunstancias del caso de que se trate, las demás son por completo secundarias con respecto a la primera y pueden subordinarse a ella (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Rec. p. I-9521, apartado 34 y jurisprudencia citada).

- 48 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente teniendo únicamente en cuenta el artículo 49 CE.

*Sobre el alcance de la cuestión prejudicial*

- 49 El litigio principal se refiere a la comercialización en Portugal de determinados juegos de azar que se practican mediante soporte electrónico, en concreto, por Internet. Bwin, operador privado establecido en otro Estado miembro, propone juegos de azar en Portugal exclusivamente por Internet, al tiempo que las infracciones administrativas, contempladas por el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), del Decreto-ley nº 282/2003, que se imputan a la Liga y a Bwin en el litigio principal se refieren únicamente a actividades relacionadas con la organización de juegos por vía electrónica.
- 50 Por lo tanto, debe interpretarse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que con ella se pregunta, en esencia, si el artículo 49 CE se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que impide a operadores como Bwin, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro.

*Sobre la existencia de restricciones a la libre prestación de servicios*

- 51 El artículo 49 CE exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12, y de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, Rec. p. I-7919, apartado 33). Además, la libre prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone, 286/82 y 26/83, Rec. p. 377, apartado 16).
- 52 Consta que una normativa de un Estado miembro que prohíbe a los prestadores que, como Bwin, están establecidos en otros Estados miembros proponer servicios por Internet en el territorio de dicho Estado constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el

artículo 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13031, apartado 54).

- 53 Además, dicha normativa supone una restricción a la libertad de los residentes en el Estado miembro de que se trate de acceder por Internet a servicios ofrecidos en otros Estados miembros.
- 54 Por lo tanto, procede declarar, como por otro lado admite expresamente el Gobierno portugués, que la normativa controvertida en el litigio principal da lugar a una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE.

*Sobre la justificación de la restricción a la libre prestación de servicios*

- 55 Debe examinarse en qué medida la restricción controvertida en el litigio principal puede admitirse en virtud de las medidas excepcionales expresamente previstas por los artículos 45 CE y 46 CE, aplicables en esta materia con arreglo al artículo 55 CE, o puede considerarse justificada por razones imperiosas de interés general, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 56 El artículo 46 CE, apartado 1, admite restricciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Por otro lado, la jurisprudencia ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general (véase la sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada).
- 57 En este contexto, procede observar, como han señalado la mayoría de los Estados miembros que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que la normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros. A falta de armonización comunitaria en la materia, corresponde a cada Estado miembro apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados (véanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 1979, Henn y Darby, 34/79, Rec. p. 3795, apartado 15; de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 32; de 20 de noviembre de 2001, Jany y otras, C-268/99, Rec. p. I-8615, apartados 56 y 60, y Placanica y otros, antes citada, apartado 47).

- 58 El mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que éstas pretenden garantizar (sentencias de 21 de septiembre de 1999, *Läärä* y otros, C-124/97, Rec. p. I-6067, apartado 36, y de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec. p. I-7289, apartado 34).
- 59 Los Estados miembros son, por lo tanto, libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido. Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad (sentencia *Placanica* y otros, antes citada, apartado 48).
- 60 Por consiguiente, es necesario examinar en el presente caso, en particular, si la restricción de la oferta de juegos de azar por Internet impuesta por la normativa nacional controvertida en el litigio principal es adecuada para garantizar la realización del objetivo o de los objetivos invocados por el Estado miembro de que se trate y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlos. En todo caso, tales restricciones deben aplicarse de modo no discriminatorio (véase, en este sentido, la sentencia *Placanica* y otros, antes citada, apartado 49).
- 61 Debe recordarse, en este contexto, que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (sentencia de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. p. I-0000, apartado 55).
- 62 En opinión del Gobierno portugués y de la Santa Casa, el objetivo principal que persigue la normativa nacional consiste en la lucha contra la criminalidad y, más concretamente, en la protección de los consumidores de juegos de azar contra los fraudes cometidos por los operadores.
- 63 Debe señalarse a este respecto que la lucha contra la criminalidad puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de restricciones en cuanto a los operadores autorizados para proponer servicios en el sector de los juegos de azar. Habida cuenta de la importancia que puede alcanzar su recaudación y de las ganancias que

pueden ofrecer a los jugadores, estos juegos suponen un elevado riesgo de comisión de delitos y fraudes.

- 64 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la autorización limitada de los juegos en un marco exclusivo presenta la ventaja de canalizar su explotación en un circuito controlado y de prevenir los riesgos de tal explotación con fines fraudulentos y criminales (véanse las sentencias, antes citadas, Läärä y otros, apartado 37, y Zenatti, apartado 35).
- 65 El Gobierno portugués afirma que la concesión de derechos exclusivos para la organización de juegos de azar en favor de la Santa Casa garantiza el funcionamiento de un sistema controlado y seguro. Por una parte, la larga existencia de la Santa Casa, que se extiende durante más de cinco siglos, demuestra la fiabilidad de este organismo. Por otra parte, el mismo Gobierno sostiene que la Santa Casa despliega su actividad estrictamente bajo su dependencia. La regulación jurídica de los juegos de azar, los estatutos de la Santa Casa y la implicación del Gobierno en la designación de los miembros de los órganos administrativos de ésta permiten al Estado ejercer una potestad de tutela efectiva sobre la Santa Casa. Este régimen legal y estatutario proporciona al Estado suficientes garantías de que se respetan las normas adoptadas para preservar la limpieza de los juegos de azar organizados por la Santa Casa.
- 66 A este respecto, del marco jurídico nacional, reproducido en los apartados 12 a 19 de la presente sentencia, se desprende que la organización y el funcionamiento de la Santa Casa se rigen por consideraciones y exigencias orientadas a la consecución de objetivos de interés público. Se han atribuido al departamento de juegos de la Santa Casa potestades de autoridad administrativa para iniciar, instruir e impulsar procedimientos de infracción por explotación ilícita de juegos de azar atribuidos con carácter exclusivo a la Santa Casa.
- 67 Ha de admitirse a este respecto que la concesión de derechos exclusivos para la explotación de juegos de azar por Internet a un operador único que, como la Santa Casa, está sometido a un estrecho control de los poderes públicos puede, en circunstancias como las del litigio principal, canalizar la explotación de estos juegos en un circuito controlado y considerarse apta para proteger a los consumidores contra los fraudes cometidos por los operadores.
- 68 En lo que atañe al examen de la necesidad del régimen controvertido en el asunto principal, el Gobierno portugués señala que las autoridades de

un Estado miembro no tienen las mismas posibilidades de control sobre los operadores domiciliados fuera del territorio nacional que utilicen Internet para proponer sus servicios que sobre operadores como la Santa Casa.

- 69 A este respecto, procede observar que el sector de los juegos de azar ofrecidos por Internet no ha sido objeto de armonización comunitaria. Por lo tanto, un Estado miembro puede considerar que el solo hecho de que un operador como Bwin proponga legalmente por Internet servicios incluidos en este sector en otro Estado miembro, en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado, no constituye garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores.
- 70 Por otro lado, dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, los juegos de azar accesibles por Internet suponen, en lo que atañe a los eventuales fraudes cometidos por los operadores contra los consumidores, riesgos diferentes y de mayor importancia en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos.
- 71 Además, no se puede excluir la posibilidad de que un operador que patrocina ciertas competiciones deportivas sobre las que acepta apuestas, así como ciertos equipos participantes en estas competiciones, goce de una situación que le permita influir directa o indirectamente en el resultado de éstas con el fin de aumentar sus beneficios.
- 72 De estas consideraciones se desprende que la restricción controvertida en el litigio principal puede, dadas las particularidades propias de la oferta de juegos de azar por Internet, considerarse justificada por el objetivo de lucha contra el fraude y la criminalidad.
- 73 Por lo tanto, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 49 CE no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que impide a operadores como Bwin, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro.

## Costas

74 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

**El artículo 49 CE no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que impide a operadores como Bwin International Ltd, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro.**

## Referencia

<sup>1</sup> Lengua de procedimiento: portugués.

Acceso: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0042:ES:HTML>

**RECENSIONES Y SELECCIÓN  
BIBLIOGRÁFICA**



Caterina García y Angel J. Rodrigo, editores. *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*. Madrid, Tecnos, 2008. 253 p.

– «...Y dime ¿ quien te persigue?  
– No lo sé, pero tengo miedo»

(Bertolt Brecht)

«No hay testimonio de civilización  
que no lo sea también de la barbarie»

(Walter Benjamín)

Desde hace más de 60 años no se ha producido ningún conflicto global comparable a la Segunda Guerra Mundial. Esta ausencia de confrontación a gran escala ha permitido que se produzca una verdadera revolución tecnológica; que se haya contribuido así a un mayor contacto entre países y personas generando eso que llamamos, un tanto enfáticamente, globalización; que se haya mejorado en términos globales la calidad de vida; y que se hayan conseguido unos estándares de bienestar social antaño ni siquiera soñados. Sin embargo, a pesar de tales avances estamos lejos de haber conseguido una extensión global de la democracia, del respeto a los derechos humanos, de alcanzar el sueño kantiano de la paz perpetua y de hacer surgir, de manera estable, una percepción de seguridad personal y colectiva parangonable al progreso tecnológico en el que vivimos inmersos.

Si bien, durante la primera mitad del siglo XXI los herederos liberales de la Ilustración parecíamos destinados a convertir las ensoñaciones de la paz y la libertad en algo real y palpable, lo cierto es que tras la crisis y el colapso de la apoteosis moderna de las seguridades ideológicas y su fin escenificado en la caída del muro, se abrían anticipadamente las puertas a un nuevo siglo (Hobsbawn). Sin embargo los atentados de Nueva York y las posteriores ramificaciones de la moderna configuración del terrorismo, ahora global, nos

enseñaron que la seguridad no es un orden natural de la humanidad: es, más bien, artificial, intrincada y sumamente volátil.

La transformación de los tradicionales conflictos entre Estados en nuevos escenarios de conflictividad global adaptados a la nueva era –guerra red, conflictos internos, terrorismo internacional–, nos ha hecho virar de manera brusca hacia nuevos escenarios y conceptos acerca de la seguridad. Pero junto a estas transformaciones han aparecido nuevas amenazas a la estabilidad, a la paz, al desarrollo y, en suma, a la sostenibilidad del planeta en forma de crisis medioambientales, pandemias, lacerantes desigualdades económicas, delincuencia internacional organizada, inmigración y crisis alimentarias que coadyuvan, todas ellas, a generar una percepción de inseguridad ante la cual el concepto tradicional de seguridad ha quedado sepultado en los rescoldos de su propia crisis y urgen a establecer uno nuevo que integre las diferentes facetas que afectan al ser humano, a su bienestar, a su desarrollo individual y colectivo, poniendo el acento en la esencia misma del hombre y en sus derechos más básicos.

La percepción de inseguridad, a pesar de su subjetividad, aporta elementos importantes a tener en cuenta en la construcción de un mundo mejor. Diga lo que diga Hobbes, el miedo no es siempre y en todas partes el sentimiento dominante en las relaciones entre individuos; es mucho más básica la necesidad de «*estar con los demás*». Lo mismo se puede, y se debe, aplicar a las relaciones entre Estados. El miedo se convierte en peligro para quien lo siente y mayor es su intensidad cuando éste procede de la sensación de incertidumbre. El rostro de las «*fuerzas hostiles*» ha cambiado radicalmente, las amenazas no son ubicables geográficamente, su fuerza no es medible y comparable, su aparición es súbita, en ocasiones, y su propagación es rápida y contundente. Así, los nuevos riesgos de la seguridad (degradación del medioambiente, conflictos internos, la piratería, el crimen organizado global y tecnológicamente, las crisis económicas, la propagación de enfermedades), se unen a los conflictos tradicionales (conflictos armados, internos y externos, proliferación nuclear, terrorismo) y nos obligan a diseñar nuevas estrategias para hacerles frente. Y aunque es cierto que hoy se tiende, un tanto alarmistamente, a declarar al mundo como un lugar de dinámicas ingobernables, lo cierto es que bajo el paraguas de un nuevo concepto de responsabilidad, individual y colectiva, estatal y global, política y social podemos armarnos de los mecanismos de actuación eficaz frente a las nuevas amenazas.

Sin embargo, esa nueva labor de construcción conjunta de nuevos y futuros espacios de seguridad no puede hacerse a cualquier precio. No sería legí-

timo que las mejores conquistas de la democracia y la humanidad se sacrifiquen en nombre del intento de defenderlas. El impacto de la emoción y la reacción visceral ante el terrorismo internacional, por ejemplo, ha hecho que se haya manejado el derecho internacional y los derechos humanos retorciendo los argumentos para justificar, bajo apariencia jurídica, algunos socavamientos en materia de derechos humanos. Sacrificando en el altar de la seguridad los postulados básicos de la libertad.

Hay bienes comunes esenciales para todos, y la seguridad es uno de ellos, que solo se pueden asegurar articulando medidas inmediatas con otras a largo plazo y provocando cambios en los comportamientos tanto individuales, como colectivos e institucionales.

De todo esto, y mucho más, se habla en «*La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*». Se trata de un libro coral, un libro que fruto de los encuentros organizados por la Universidad Pompeu Fabra, permite una aproximación horizontal y completa a los nuevos escenarios de la seguridad. Las colaboraciones gozan de una profundidad desigual, fruto de las diferentes formas de participación en el encuentro, pero todas, en conjunto, permiten una visión completa y muy interesante para todos aquellos que quieran aproximarse al mundo de las relaciones internacionales y a las nuevas amenazas que se ciernen sobre la seguridad internacional.

El libro consta de cinco partes, un estudio introductorio y unas conclusiones. La introducción, sirve de toma de contacto con los grandes temas que el lector se encontrará a lo largo de la lectura del libro: se define el desdoblamiento entre las amenazas tradicionales (conflictos armados) y las nuevas amenazas y desafíos (terrorismo internacional, proliferación de armas de destrucción masiva, descomposición de estructuras estatales o «*Estados fracasados*», desigualdades, pobreza, degradación medioambiental, etc...) y se pone especial énfasis en los límites a la autoprotección. La incapacidad de los Estados, individualmente y por mucha que sea la fuerza militar que acumulen, de garantizar por si solos la seguridad a sus ciudadanos. La vulnerabilidad es mutua y, en consecuencia, las medidas a articular deben ser conjuntas. La expresión «*problemas sin pasaporte*», aún sin gozar de gran lirismo, sí es útil para referirse a las pandemias, a los fracasos medioambientales, las grandes catástrofes, a los desplazamientos masivos de población, como eventos *maleducados* que no llaman a las puertas de los Estados solicitando permiso para entrar. Junto a estos nuevos o «*revisitados*» conceptos de amenazas, aparecen los nuevos perdedores: la población civil, los refugiados tradicionales y las nuevas categorías de desplazados forzosos: desplazados internos y refugiados medioambientales. Frente a esto surge la «*responsabilidad de*

*proteger*», una nueva concepción de la soberanía estatal comprometida con una seguridad más humana.

La primera parte, bajo el título « *Orden y Seguridad en un mundo uni-multipolar* », recoge las aportaciones de Xavier Batalla y Caterina García y giran sobre la preeminencia de un poder que siendo militarmente superior dista mucho de dibujar un escenario genuinamente unilateral en las relaciones internacionales. Siendo, aún hoy, la fortaleza militar la que marca la preeminencia en el escenario, no se puede olvidar que no hay tal sin base económica y ahí es donde el mundo está reubicando su nueva tela de araña para la gobernanza global con la aparición de nuevas potencias económicas (China, India, Brasil, etc...) que hacen que junto a la potencia predominante (USA) aparezcan otras potencias « *mayores* » que obligan a urdir con más solvencia las decisiones de alcance global. Junto a la definición de ese orden uni-multipolar, las nuevas amenazas de carácter sistémico (no nacional) y efectos transnacionales muestran las deficiencias de la persistencia de un orden interestatal donde hay otros actores (multinacionales, agentes no estatales y sociedad civil global) que hacen que el Estado haya perdido su exclusividad en la definición de los problemas globales y en la implementación de las soluciones. De ahí que las instituciones, las prácticas y los procedimientos tradicionales se muestren obsoletos y se reclame un orden con mayor capacidad de inclusión de la voz del resto de actores.

La segunda parte del libro, bajo el título « *Las nuevas amenazas a la seguridad* », recoge las aportaciones de Pablo Pareja, Jesús A. Núñez y Oriol Casanovas, sobre los acuciantes problemas provocados por la desfiguración del rostro de la amenaza tradicional y sus nuevas y letales manifestaciones: el terrorismo internacional, las armas de destrucción masiva y los Estados fracasados. El terrorismo internacional ha desplazado a otras formas de violencia y se ha convertido en el más visible de los nuevos retos de seguridad. Su letalidad, su carácter indiscriminado, sus bases nihilistas, su espectacularidad y su intensificación en estos principios de siglo han amparado su impacto global, sus efectos devastadores y ha ayudado a la generación de lo que se ha venido a denominar la « *inseguridad dispersa* ». La capacidad de destrucción ayudada por la revolución tecnológica ha permitido convertir a algunos grupos terroristas en actores globales. Sobre sus causas y explicaciones da buena cuenta Pablo Pareja al tiempo que pone de manifiesto la escasa utilidad de los instrumentos jurídicos y operativos existentes a nivel internacional para afrontarlo con garantía. Pero al mismo tiempo que esto ocurre, tampoco se puede pretender conseguir los efectos preventivos o profilácticos con actividades al margen del derecho, de las libertades individuales y de la dignidad

del ser humano. Respecto a las armas de destrucción masiva, parece que la radicalidad del peligro estriba en las manos que las poseen casi al mismo nivel que en su propio potencial destructivo. Las probabilidades de que grupos terroristas incontrolados se hagan con los manejos de estas armas son más bien bajas, por lo que debería revisarse su jerarquización y orden en materia de seguridad a la hora de establecer el mapa de prioridades que sobre la seguridad debe marcarse la comunidad internacional. Los denominados «*Estados fracasados*» o «*Estados desestructurados*», que no hay que confundir con Estados con guerras civiles para los que la comunidad internacional se ha dotado ya de un corpus iuris vigente. Los Estados fracasados son una amenaza para la seguridad porque carecen de los elementos básicos para garantizar el orden y la seguridad de sus ciudadanos y, en consecuencia, decae el principio de monopolio legítimo de la fuerza dando pábulo a flagrantes violaciones de derechos humanos, cuando no masacres, genocidios y dan cobijo a redes de criminalidad internacional o generan actos de piratería incontrolada. Ante este elemento anómalo en el conjunto internacional es necesario replantearse bases jurídicas tradicionales como el principio de no injerencia o las misiones de paz.

La tercera parte del libro es probablemente la menos lograda, ya que de los nuevos desafíos a la seguridad tan sólo trata la heterogeneidad social, la pobreza y de manera sucinta, el medioambiente, dejando sin tratar otros como las pandemias, las crisis alimentarias y sanitarias, las catástrofes naturales o los desplazamientos masivos y forzados de población y sus potenciales efectos en la (in)seguridad. Sin embargo, la aportación de Jorge García Montalvo bajo el título «*Heterogeneidad social, economía y conflictos armados*», realiza una aproximación desde las bases novedosas económicas y politológicas, en las que quedan algunas cuestiones bastante claras. Por ejemplo, que la desigualdad económica, la exclusión política, el nivel de democracia o la existencia de recursos naturales no muestran, por sí solos, evidencia empírica alguna de actuar como causa en el desencadenamiento de conflictos armados. Lo que no quiere decir que dejen de ser componentes muy relevantes a la hora de interpretar los conflictos en la medida en que sirven de factores adicionales de explicación, en algunos casos. Cuestión distinta es la heterogeneidad de la sociedad, pero no en su grado de fragmentación o dispersión étnica o cultural, sino en su grado de polarización. Cuanto más polarizada esté la sociedad, a veces en dos grupos étnicos mayoritarios que pugnan por el poder, mas probabilidad hay de un conflicto armado, mientras que, en cambio, la diversidad o fragmentación es, en ocasiones, marco de innovación y creatividad. Se tratan también las medidas adoptadas para la prevención de conflictos y su efectividad, acabando con una conclusión interesante: que las

articuladas para favorecer las medidas democratizadoras en países en vías de desarrollo pueden fomentar el efecto contrario al preventivo si no se adoptan al unísono medidas de inclusión política. Por su parte, la ayuda al desarrollo económico cuenta cada vez con mayor base empírica sobre su ineficacia como instrumento de prevención de conflictos. Por ello, las nuevas iniciativas como la teoría de la deuda «odiosa» y su ilegitimidad si se genera por dictadores, así como las medidas de reordenación política de los territorios en función de la heterogeneidad social ofrecen resultados dignos de una mayor atención. Respecto al componente medioambiental, se deduce que si bien no hay hoy en día conflictos genuinamente medioambientales, si que hay, y cada vez más, conflictos con componentes medioambientales.

La cuarta parte del libro referente a los conflictos armados, incluye las aportaciones de Paz Andrés Sáenz de Santa María, Silvia Morgades y Albert Garrido, sobre las normas relativas al uso de la fuerza, la protección de las víctimas y el papel de los medios de comunicación, respectivamente. En ellas se pone de manifiesto las tensiones en el ordenamiento vigente para considerar a los grupos terroristas como una categoría válida ante la que oponer el uso legítimo de la fuerza utilizando el derecho internacional clásico. Estas tensiones se derivan de la interpretación de la amenaza inminente como base para legitimar el uso de la fuerza y las convalidaciones del Consejo de Seguridad a actos unilaterales de uso de la fuerza que han convertido en algunos casos (Kosovo, Irak, Afganistán, etc., ...) a éste en un «*convalidador complaciente*». Aspecto interesante es también el que deriva de la nueva concepción surgida del seno de Naciones Unidas que asienta sobre la colectividad internacional la *responsabilidad de proteger* ante desastres humanitarios debidos a genocidios, depuraciones étnicas y otras violaciones graves y masivas de derechos fundamentales, cuando los gobiernos propios no quieran o no puedan asumir esa obligación. Respecto a la protección de las víctimas en los nuevos conflictos armados se ofrece una perspectiva sobre la efectividad y validez de la aplicabilidad combinada del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos en la protección de los damnificados. Las víctimas de los nuevos conflictos, especialmente en el caso del terrorismo internacional, son indiscriminadas porque se menosprecia el uso de los medios aceptados en la acción bélica en compensación a la debilidad militar y se ataca justo a la parte más débil del enemigo, que acostumbra a ser la población civil. Sin embargo, con el fortalecimiento de la responsabilidad de proteger, se considera que cuando un Estado decae en sus obligaciones con su población civil, aquella recae en la comunidad internacional y a través de acciones colectivas se legitima la intervención para la protección de la población civil. Finalmente, respecto al papel de los medios de comunica-

ción, baste recordar que, como afirma Albert Garrido, los medios son algo más que observadores de los conflictos: son actores directos, porque las informaciones que difunden influyen y condicionan a la opinión pública, de ahí que ellos, los medios, sean hoy el principal campo de batalla.

La quinta parte, así titulada «*En busca de una nueva concepción de seguridad*», ofrece cuatro colaboraciones muy estimulantes. La de Mary Kaldor ofrece una aproximación a las nuevas «fuentes de inseguridad» señalando que los conflictos son hoy más dominantes y globales, que no tienen ni objetivos ni principios claros, que atacan a los civiles de manera indiscriminada, que enmascaran la violencia con pretextos políticos o religiosos. Ante este «vacío de seguridad» la autora ofrece una nueva aproximación a la seguridad, que se basa en la seguridad humana. Este concepto amplía a una combinación de soldados, policías, observadores de derechos humanos y especialistas humanitarios el elemento subjetivo que debe afrontar las situaciones de crisis. Defiende un renovado enfoque del multilateralismo, una exigencia de legitimidad de las autoridades políticas de los Estados, la necesidad de un enfoque regional, el respeto estricto a los derechos humanos y el conocimiento local para definir las medidas de prevención y de acción colectiva. Por su parte los tres artículos restantes abordan desde un punto de vista filosófico y jurídico la relación entre poder y derecho y de ellos se extrae una conclusión: no hay legitimidad en un poder que se sirve del derecho y sólo la hay en aquel que muestra su servidumbre a los objetivos del derecho y la libertad. Cuando se sacrifica la libertad en virtud de la seguridad, se antepone los principios morales a los principios jurídicos, confundiendo así moral y derecho. Algo que, cabe recordar, ha inundado el espectro de los grandes movimientos políticos transgresores de la vida y la libertad, encontrando justificación en algunos iuspublicistas y teóricos políticos como el mismísimo Carl Schmitt, cuando justificaba los asesinatos cometidos por Hitler al entender que éstos no podían someterse a los principios de justicia ordinaria por ser ellos mismos *manifestación de la Justicia misma*. Justificación ésta de la que se sirven los tiranos: que ésta es la única manera de luchar contra los enemigos, interiores o exteriores, de la civilización. Siendo estas afirmaciones poco extrapolables a la situación de uso perverso de la unilateralidad que ha llevado a transgredir algunos principios esenciales de los derechos humanos por parte de la potencia hegemónica, sin embargo, sí sirven para ilustrar lo desviados que son los caminos cuando uno impone su concepción del bien a los otros y los desastrosos lugares a los que puede llevar. El artículo de Angel J. Rodrigo, relativo al Derecho Internacional Hegemónico, ofrece una conseguida explicación del intento de la potencia hegemónica de hacerse con los Instrumentos del derecho internacional para servir a sus fines, articulando

prácticas como el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, la concepción de la legítima defensa preventiva, una nueva categoría de combatientes «ilegales» sobre los que amparar prácticas poco edificables, la posición de influencia determinante y agresiva sobre otras Organizaciones Internacionales y justificándolas, doctrinalmente, en la idea de que el Derecho Internacional debe ser un reflejo de las relaciones de poder existentes en el sistema internacional, generando así lo que se ha denominado un «*multilateralismo instrumental*». Baste recordar a Todorov, cuando señala que cuando se elimina la inhumanidad de uno al precio de la deshumanización del otro, no compensa. Si para vencer al enemigo utilizamos sus actos más odiosos, la que sale ganando es la barbarie.

El volumen objeto de esta reseña se cierra con unas conclusiones de los editores muy logradas en cuanto a su orden, estructura, claridad y profundidad, que sirven para cerrar un buen ejemplo de tratamiento transversal y comprensivo de un tema que como la seguridad, muestra en su perfil el cambio del mundo en que vivimos.

ENRIQUE CORTÉS DE ABAJO

Jean-Pierre Filiu. *Les neuf vies d'Al-Qaïda*. Fayard, 2009. 364 p.

Al Qaeda es la primera organización terrorista con vocación planetaria, global, gracias a la protección de los talibanes. En su libro, Jean-Pierre Filiu, experto en el mundo árabe y en *yihadismo*, parte de esta idea y expone la historia de esta organización desde sus inicios en los confines afganos hasta la implantación de su red planetaria desde Sudán.

Filiu expone cómo la elección de Barack Obama, el 4 de noviembre de 2008, ha hundido a la dirección de Al Qaeda en un profundo desorden, convencida de la victoria republicana, y perdiendo peso específico en el mundo árabe. Es por ello que combate con fuerza en territorio pakistaní.

Filiu explora tres estrategias para la derrota de Al Qaeda: la «desglobalización», basada en soluciones locales que controlen y frenen el avance de la organización terrorista; la «desintoxicación» contra la propaganda de Al Qaeda en Internet; y la «desmilitarización» para perseguir y enjuiciar a sus miembros como delincuentes en tribunales civiles. Pero si incluso estas estrategias no garantizaran el éxito, Filiu pone de manifiesto que recuerdan que la lucha contra Al Qaeda es cuestión de política pública y de atención y vigilancia ciudadana.

Obra bien documentada, se complementa con unos anexos interesantes que incluyen los personajes claves y jefes militares de la organización; el marco cronológico fundamental desde 1988; y los costes estimados de los principales atentados de Al Qaeda o de sus socios.

R.M.V.



## SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA<sup>1</sup>: BIBLIOGRAFÍA TEMÁTICA: DERECHO DE PARTIDOS

1

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

La aplicación de la Ley orgánica de partidos políticos, crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok / Enrique Álvarez Conde, Alexandre H. Català i Bas

Sumario: I. La disolución de partidos políticos y la llamada democracia militante – II. La Ley orgánica de partidos políticos y la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo – III. La ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo del 2003 – IV. Las sentencias del Tribunal Constitucional 5 y 6/2004, de 16 de enero – V. Crónica inconclusa, el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En: Foro : revista de ciencias jurídicas y sociales. – Madrid : Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, D.L. 2004-. – ISSN 1698-5583. – N. 00 (2004), p. [7]-35

1. Herri Batasuna 2. Partidos políticos-Derecho-España 3. Partidos políticos-Jurisprudencia-España I. Català i Bas, Alejandro H.

2

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

El derecho de partidos / Enrique Álvarez Conde ; en colaboración con Alexandre H. Català Bas. – Majadahonda (Madrid) : Colex, 2005. – 406 p. ; 24 cm

ISBN 84-7879-921-4

1. Partidos políticos-Derecho-España I. Català i Bas, Alejandro H.

Signatura 29.901

Signatura 30.183

---

<sup>1</sup> Selección del fondo documental de la Biblioteca Central y Centro de Documentación del Ministerio del Interior de lo publicado en los 5 últimos años sobre materias de interés para el Departamento.

3

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna / Enrique Álvarez Conde, Alexandre H. Catalá i Bas

Incluye referencias bibliográficas

Contiene: I. Las agrupaciones de electores como sucesoras de los partidos ilegales. II. La disolución del grupo parlamentario Batasuna en el Parlamento vasco. III. El caso Atutxa, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de mayo de 2003. IV. El auto del Tribunal Constitucional 520/2005, de 20 de diciembre, la muerte civil ¿irreversible? de Herri Batasuna o la parábola del partido político pródigo

En: Foro : revista de ciencias jurídicas y sociales. – Madrid : Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, D.L. 2004. – ISSN 1698-5583. – N. 2 (2005), p. [131]-151

1. Herri Batasuna 2. Partidos políticos-Derecho-España I. Català i Bas, Alejandro H.

4

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

Los principios del derecho de partidos / Enrique Álvarez Conde

Incluye referencias bibliográficas

En: Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo) / Luis Aguiar de Luque ... [et al.]. – Valencia : Tirant lo Blanch, 2005. – ISBN 84-8456-407-X. – P. [479]-527

1. Partidos políticos-Derecho-España 2. Derecho constitucional-España

5

BAUTISTA PLAZA, David

La función constitucional de los partidos políticos / David Bautista Plaza. – Granada : Comares, 2006. – 284 p. ; 24 cm. – (Estudios jurídicos ; 5)

Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada  
ISBN 84-9836-135-4

1. Partidos políticos-España 2. Derecho constitucional-España

Signatura 32.109

6

ESPARZA OROZ, Miguel

La ilegalización de Batasuna : el nuevo régimen jurídico de los partidos políticos / Miguel Esparza Oroz. – Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi, 2004. – 304 p. ; 23 cm. – (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional ; 12)

ISBN 84-9767-363-8

1. Herri Batasuna 2. España. Ley orgánica de partidos políticos, 2002 3. Libertad de asociación-España

Signatura 29.216

Signatura 29.278

7

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen

Sistema electoral, partidos políticos y parlamento / por Carmen Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso Fernández-Miranda Campoamor. – 2ª ed. – Majadahonda, Madrid : Colex, 2008. – 238 p. : il. ; 24 cm

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-848342-173-4

1. Partidos políticos-Derecho-España 2. Derecho electoral-España 3. Derecho parlamentario-España I. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso

Signatura D-33.682

8

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

Algunas reflexiones sobre la Ley orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional / Francisco Fernández Segado

Bibliografía: p. 608-609

En: Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo) / Luis Aguiar de Luque ... [et al.]. – Valencia : Tirant lo Blanch, 2005. – ISBN 84-8456-407-X. – P. [563]-609

1. España. Ley orgánica de partidos políticos, 2002 2. España. Tribunal Constitucional-Jurisprudencia 3. Partidos políticos-Derecho-España

9

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

Las paradojas del derecho de asociación en España : la reiteración en ciertas especies asociativas de normaciones preconstitucionales por el legislador postconstitucional y la dualidad de interpretaciones, flagrantemente contradictorias, del juez constitucional, en función del carácter “pre” o “post” constitucional de la normación / Francisco Fernández Segado

Incluye referencias bibliográficas

En: Revista de las Cortes Generales. – Madrid : Congreso de los Diputados, Secretaría General, Gabinete de Publicaciones, 1984-. – ISSN 0213-0130. – N. 65 (2º cuatrimestre 2005), p. [31]-87

En: Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público / Francisco Fernández Segado (coordinador) ; autores Carla Bassu ... [et al.]. – Madrid : Dykinson, 2008. – ISBN 978-84-9849-195-1. – P. 655-699

1. Derecho constitucional-España 2. Libertad de asociación-España 3. Partidos políticos-Derecho-España

10

FERREIRO BAAMONDE, Xulio

El proceso de disolución de partidos políticos / Xulio Ferreriro Baamonde ; prólogo de M<sup>a</sup> Carmen Calvo Sánchez. – 1<sup>a</sup> ed. – Madrid : Iustel, 2008. – 180 p. ; 22 cm. – (Proceso y garantías constitucionales ; 6)

Bibliografía: p. [173]-178. Índice

ISBN 978-84-9890-008-8

1. Partidos políticos-España 2. Partidos políticos-Derecho-España

Signatura 33.414

11

IGLESIAS BÁREZ, Mercedes

La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español / Mercedes Iglesias Bárez. – 1<sup>a</sup> ed. – Granada : Comares, 2008. – 383 p. ; 24cm. – (Derecho constitucional ; 1)

Bibliografía: p. [357-383]

ISBN 978-84-9836-375-3

1. Partidos políticos 2. Partidos políticos-Derecho-España

Signatura 33.267

12

LOZANO CONTRERAS, Fernando

Las decisiones sobre admisibilidad dictadas por el TEDH con motivo de la ilegalización de determinados partidos políticos y agrupaciones de electores del País Vasco y Navarra / Fernando Lozano Contreras

En: Revista española de derecho internacional. – Madrid : Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales : Boletín Oficial del Estado, [1948]-. – ISSN 0034-9380. – Vol. 60, n. 1 (en.-jun. 2008), p. [299]-303

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2. Herri Batasuna 3. Partidos políticos-Derecho-España

13

MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores

Régimen jurídico de los partidos políticos / M<sup>a</sup> Dolores Martínez Cuevas. – Madrid : Marcial Pons, 2006. – 160 p. ; 21 cm

Bibliografía: p. [141]-158

ISBN 84-9768-270-X

1. Partidos políticos-Derecho-España

Signatura 27.381

Signatura 31.061

14

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-J.

La ilegalización de DM3 y Askatasuna : problemas-jurídicos procesales / Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, Xulio Ferreiro Baamonde

En: El Cronista del estado social y democrático de derecho. – Madrid : Istel, 2008-. – ISSN 1889-0016. – N. 4 (abr. 2009), p. 68-77

1. España. Ley orgánica de partidos políticos, 2002 2. Partidos políticos-España 3. Derecho procesal-España I. Ferreiro Baamonde, Xulio

15

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel

Auskera Guztiak y la sucesión de Batasuna : un nuevo episodio de la ilegalización de partidos : la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 y la STC 68/2005 / Miguel Pérez-Moneo Agapito

Incluye referencias bibliográficas

En: Revista española de derecho constitucional. – Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1981-. – ISSN 0211-5743. – Año 25, n. 74 (mayo-ag. 2005), p. 395-414

1. España. Ley orgánica del régimen electoral general, 1985 2. España. Tribunal Supremo-Jurisprudencia 3. España. Tribunal Constitucional-Jurisprudencia 4. Herri Batasuna 5. Partidos políticos-Derecho-España 6. Nacionalismo-País Vasco 7. Recurso de amparo electoral 8. Ilegalización de partidos políticos

16

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel

La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas / autor, Miguel Pérez-Moneo Agapito. – 1ª ed. – Valladolid : Lex Nova, 2007. – 300 p. ; 24 cm. – (Derecho público ; n. 30)

Bibliografía: p. 231-253

ISBN 978-84-8406-499-2

1. Partidos políticos-Derecho-España 2. Partidos políticos ilícitos  
Signatura D-32.286

17

PORRAS RAMÍREZ, José María

Los partidos políticos como instrumento al servicio de la formación y expresión de la voluntad popular / José María Porras Ramírez

Incluye referencias bibliográficas

En: Constitución y democracia : 25 años de Constitución democrática en España : (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) / [editor, Miguel A. García Herrera]. – [Bilbao] : Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco = Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, [2005]. – ISBN 84-8373-828-7. – P. [425]-432

1. Partidos políticos-España 2. Derecho constitucional-España 3. Participación política

18

PORRAS RAMÍREZ, José María

Régimen jurídico de los partidos políticos en la historia constitucional española / José María Porras Ramírez

En: XXV aniversario de la Constitución española : propuestas de reforma / M<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón (ed.). – [Málaga] : Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2004. – 84-7785-601-X. – P.. 335-351

1. Partidos políticos-Derecho-España 2. Derecho constitucional-España

19

PORTERO MOLINA, José Antonio

Fundamentos y secuelas de la prohibición de partidos políticos / José A. Portero Molina

En: Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo) / Luis Aguiar de Luque ... [et al.]. – Valencia : Tirant lo Blanch, 2005. ISBN 84-8456-407-X. – P. 687-708

1. España. Ley orgánica de partidos políticos, 2002 2. Partidos políticos-Derecho-España 3. Ilegalización de partidos políticos

20

La PROHIBICIÓN de partidos políticos / José Antonio Montilla Martos (editor). – [Almería] : Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, [2004]. – 281 p. ; 24 cm

ISBN 84-8240-698-1

1. Partidos políticos-Derecho-España I. Montilla Martos, José Antonio  
Signatura 29.429

21

REBOLLO DELGADO, Lucrecio

Partidos políticos y democracia / Lucrecio Rebollo Delgado. – Madrid : Dykinson, 2007. – 301 p. ; 21 cm

Bibliografía: p. [289]-301

ISBN 978-84-9849-126-5

1. Partidos políticos-Derecho-España  
Signatura 32.693

22

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángel

Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los partidos políticos / Ángel Rodríguez López y Antonio J. Monroy Antón

Bibliografía

En: Actualidad administrativa : revista semanal técnico-jurídica de derecho administrativo. – Madrid : La Ley, 1985-. – ISSN 1130-9946. – N. 4 (2ª quincena feb. 2009), p. 410-419

1. Partidos políticos-España 2. Partidos políticos-Derecho I. Monroy Antón, Antonio Jesús

23

TAJADURA TEJADA, Javier (1969-)

Partidos políticos y Constitución : un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, y de la STC 48/2003, de 12 de marzo / Javier Tajadura Tejada ; prólogo de Antonio Torres del Moral. – 1ª ed. – Madrid : Civitas, 2004. – 252 p. ; 18 cm. – (Cuadernos Civitas)

ISBN 84-470-2113-0

1. Partidos políticos-Derecho-España 2. Derecho constitucional-España  
Signatura 29.103



# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

I. La **Revista** admite la publicación de:

1. Trabajos de carácter doctrinal, que sean **originales e inéditos**.
2. Notas breves sobre experiencias o proyectos en curso.
3. Notas de legislación y jurisprudencia sobre materias del ámbito de competencias del Departamento.
4. Reseñas bibliográficas sobre obras de reciente aparición y, en general, documentación sobre recursos de información de materias relacionadas con el ámbito competencial del Departamento.

## II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES

Los criterios para la presentación de los originales son los siguientes:

– EXTENSIÓN. La extensión máxima aconsejable –para los trabajos doctrinales y estudios– es de 25-30 páginas. Las reseñas bibliográficas no superarán las 5 páginas.

Las páginas estarán numeradas en el margen inferior derecho.

– TÍTULO Y AUTORÍA. En la primera página se pondrá el título del artículo (en mayúsculas y negrita) y, debajo, el nombre completo del autor (también en mayúsculas), indicando Centro Directivo –si es personal del Ministerio del Interior– o Departamento, Facultad o Universidad en la que esté adscrito, si es personal investigador o docente.

Se incluirá, en párrafo aparte –sin sangrado–, y precedido de la expresión «Resumen», un extracto en castellano del contenido del artículo (con una extensión aproximada de 10 líneas) y, en el párrafo siguiente –también sin sangrado–, precedido de la expresión «Palabras clave:» las palabras clave que expresen el contenido del artículo (con un máximo de cinco).

– ESTRUCTURA DE LOS ARTÍCULOS. Se recomienda que los artículos se dividan en apartados y secciones (dos niveles) numerados, los cuales se titularán con letra mayúscula negrita en el primer nivel de jerarquía y con mayúscula redondo en el segundo (sin negrita). De ser necesarios más niveles, el título del tercer nivel se escribirá en minúscula y en negrita, y el cuarto, en minúscula y cursiva.

– ELEMENTOS TIPOGRÁFICOS. Se escribirá a doble espacio.

• TIPO DE LETRA. Se utilizará un solo tipo de letra –Times New Roman–, y de un solo tamaño –12 puntos–, excepto en las transcripciones de citas textuales largas en párrafo aparte del texto general, las notas finales y en las indicaciones sobre las fuentes bibliográficas, en los cuadros y figuras, que serán de cuerpo menor –10 puntos–.

• MAYÚSCULAS. En general, las mayúsculas se utilizarán solamente para el título del artículo y para los apellidos de los autores en la bibliografía.

• NEGRITA. La letra negrita se utilizará solamente para los títulos de las subdivisiones de primer –y tercer– nivel del artículo, y para los títulos de los cuadros y figuras. No debe utilizarse en el cuerpo del texto del artículo propiamente dicho.

• CURSIVA. La cursiva se utilizará para el resumen, las palabras claves y los títulos de libros, monografía, revistas, etc., así como para los títulos de las subdivisiones de cuarto nivel en el artículo. Dentro del texto las cursivas se utilizarán para indicar la inclusión dentro del texto de palabras o expresiones en otro idioma diferente al del artículo (expresiones en latín, ...). También podrán usarse excepcionalmente para destacar/resaltar alguna expresión.

• SANGRADO. Cada párrafo se iniciará con un sangrado de 5 espacios.

• CITAS. Las citas textuales cortas (inferiores a cuarenta palabras) se escribirán entre comillas (dobles) integradas en el texto. Las citas textuales largas (cuarenta o más palabras) se escribirán iniciando una nueva línea con un sangrado del margen normal de la izquierda de 10 espacios y manteniendo este nuevo margen hasta el final de la cita, excepto si la cita contiene, a su vez, otros párrafos, en cuyo caso, la primera línea de cada uno de ellos se sangrará cinco espacios en relación con el margen de la cita.

• CUADROS Y FIGURAS. Su inclusión en el artículo debe responder a verdaderas exigencias de su contenido. Los cuadros y figuras deben enviarse en ficheros aparte, en alguno de los formatos que permiten su publicación en Internet, en especial JPG, GIF o PNG. Deben ir numeradas y llevar un encabezamiento conciso.

• NOTAS. Las notas deben ser solo las imprescindibles y se situarán al final del artículo en forma numerada. Al inicio de la lista de notas y referencias se pondrá la palabra «Referencias». Las referencias bibliográficas se limitarán a las obras citadas en el texto y se presentarán siguiendo la norma UNE 50-104-94, correspondiente a la norma ISO-690, numeradas por orden de aparición. Las citas a recursos electrónicos han de hacer constar, entre corchetes, la fecha en que se ha efectuado la consulta.

## III. NORMAS PARA EL ENVÍO Y RECEPCIÓN DE COLABORACIONES

– PRESENTACIÓN. Los originales deben ser remitidos en versión electrónica Word para Windows como archivo adjunto a **publicaciones@amador.mir.es**.

– DATOS. Debe indicarse dirección postal, correo electrónico y teléfono.

– EVALUACIÓN. Antes de su publicación los artículos serán evaluados siempre por los directores y miembros del consejo de redacción. Además, en los casos de artículos de carácter doctrinal y en todos aquellos que por su naturaleza lo requieran, lo serán asimismo por expertos externos en la materia.

– PRUEBAS. Las pruebas se enviarán a los autores si hubiera tiempo para ello, y habrán de ser corregidas y devueltas en un plazo de cinco días. Las correcciones no pueden significar modificaciones considerables del texto.

– COPYRIGHT. Tras su publicación en la revista los artículos pueden reproducirse en otros medios por parte del autor, pero haciendo constar siempre el lugar de la primera publicación. Para cualquier otro uso, deberá obtenerse la autorización de la revista o de los autores.

– RESERVA. La *Revista* no asume las opiniones expresadas en los trabajos que publica.



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

ISSN 1889-6316



9 771889 631005

10,00 €