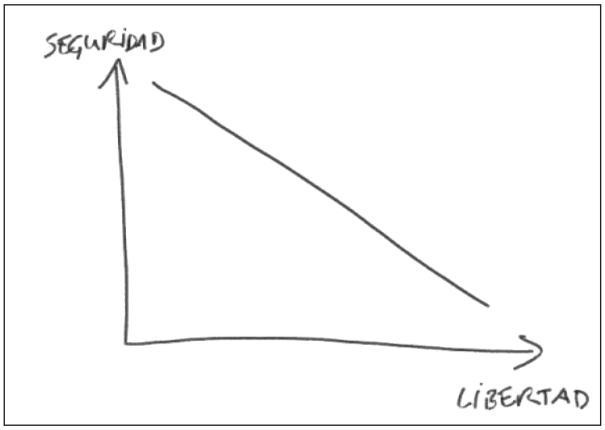
LIBERTAD Y SEGURIDAD



LIBERTAD Y LIBERTINAJE

LA SEGURIDAD JURÍDICA

LA VERDADERA LIBERTAD

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

LA TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA

LIBERTAD Y SEGURIDAD: LA DIALÉCTICA DEL ESTADO DE DERECHO

Comisión Deontológica de Juristas
Padres del Colegio Retamar

Libertad y Seguridad

Comisión Deontológica de Juristas
Padres del Colegio Retamar

© Los trabajos pertenecen a sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización escrita de los propietarios.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores, y no representan la opinión del Colegio ni de ninguna otra institución.

Edita: Departamento de Publicaciones del Colegio Retamar.
c/ Pajares 22. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).
Correo electrónico: publicaciones@retamail.com.
www.retamar.com.
Imprime: Gráficas De Diego. Camino de Hormigueras 180, nave 15. 28031 MADRID

Sumario

PRESENTACIÓN 4

I.-LA SEGURIDAD JURÍDICA 5
Por José María García Montero

II. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL 11
Por Juan Cesáreo Ortiz-Úrculo

III.-EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 19
Por Cesáreo Guerra Galli

IV.-LIBERTAD Y SEGURIDAD: LA DIALÉCTICA DEL ESTADO DE DERECHO 22
Por Eduardo de Urbano Castrillo

V.- LA VERDADERA LIBERTAD 28
Por Ignacio Tello Bellosillo

VI.- LIBERTAD Y LIBERTINAJE 30
Por Ignacio Maldonado Ramos

VII.- LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA 33
Por José Luis Viada Rubio

VIII.- LA TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES 38
Por Santiago Thomás de Carranza

Presentación

La nueva publicación de la Comisión Deontológica de Juristas, Padres del Colegio Retamar, aborda la dialéctica libertad-seguridad, esencia de lo jurídico.

Pudiera pensarse que estamos ante un tema muy teórico, y ciertamente, se trata de una cuestión de fundamentos del orden y del ejercicio de los derechos. Pero por ello, es algo esencial para poder vivir la Libertad con mayúscula, y las distintas libertades públicas.

Sin embargo, como se puede apreciar internándose a través de los distintos artículos que presentamos, hemos querido tratar esta problemática más allá del "mundo de las leyes", trayendo a estas páginas las claves de la verdadera libertad, resaltando la importancia de los valores éticos y de la ejemplaridad, porque libertad no es libertinaje sino respeto a los demás y responsabilidad.

Pero además la libertad, para cuya existencia y desarrollo es imprescindible la seguridad, ha de ser el cauce a través del cual buscar la justicia, tarea que a todos compete, pues, como ha dicho el Papa Francisco en *La alegría del evangelio, "La injusticia es el mal consentido*".

Como siempre, esperamos que esta nueva aportación, continuadora de las anteriores sobre *"Los Derechos Fundamentales", "El principio de subsidiariedad", "El trabajo profesional", "La familia en el siglo XXI", "Las libertades comunicativas"* y el *"Derecho a la libertad religiosa"*, resulte interesante y proporcione materia de reflexión para seguir defendiendo ideas como las que aquí se incluyen.

Marzo de 2014

Eduardo de Urbano Castrillo
Coordinador

I.- La seguridad jurídica

José María García Montero
Abogado

¿REALIDAD O QUIMERA?

Explicar en unas *breves líneas* cual pueda ser el contenido de todo un principio informador del derecho —*créame el lector que, para un abogado impenitente, lo que viene a continuación son apenas unas escuetas líneas*— es tarea ardua en extremo, máxime considerando que la presente exposición debe resultar comprensible y amena para los legos en cuestiones jurídicas y no convertirse en un tedioso alegato que sólo sirva para engrosar el admirable opúsculo del que forma parte.

Por ello y como sencilla aproximación, pueden extraerse unos primeros rasgos definitorios sobre la cuestión que, para quien desee profundizar en la materia, aparecen más y mejor tratados, entre otras fuentes, en el artículo doctrinal del compañero Don Juan José González Fernández, quien allá por el año 2005 escribió sobre la cuestión, aunque centrándose en el derecho administrativo en particular.[1]

En efecto, del citado artículo podemos inferir las líneas esenciales de qué deba entenderse por seguridad jurídica, debiendo comenzar, una vez más y como siempre, por el tratamiento que de dicho principio se realiza en la Constitución Española de 1978, que lo recoge expresamente en su art. 9.3 al afirmar que "*La Constitución garantiza* el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Como presumo que lo anterior habrá dejado indiferente al común de los mortales—entre los que me incluyo—, para desmenuzar este escurridizo concepto nada mejor que acudir al supremo intérprete de la Carta Magna y así, citar por todas la STC 27/1981, de 20 de julio, cuando señala

1 Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo. Juan José González Fernández.

que la seguridad jurídica es *"suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad..."*, si bien añade que, aun considerando todo ello, dicho principio fundamental *"no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas"* (STC 227/1988) pues ello conduciría a la petrificación del ordenamiento.

Ahondando sobre la cuestión, en el voto particular del Magistrado Rubio Llorente a la STC 208/1988, de 10 de noviembre, queda señalado que *"la seguridad jurídica no exige la petrificación del ordenamiento, pero sí el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales (...) quebrantados o desconocidos los compromisos asumidos por el Estado". "El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades"*, añaden las STCs 46/1990 y 146/1993.

Es decir, nos enfrentamos a una balanza —*recurrente símbolo cuando de cuestiones de Justicia se trata*— en la que, en uno de sus platillos habrá de depositarse la certeza de que, en Derecho, toda acción tiene su consecuencia predeterminada, más que no por ello las consecuencias habrán de ser siempre las mismas, por mucho que las acciones sean similares.

En palabras del CONSEJO DE ESTADO, en su *Memoria del año 1992*, *"la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho"*.

Por tanto y de manera muy coloquial, ese principio de la seguridad jurídica no es más que "saber a qué atenerse", para bien o para mal, en virtud de unas normas previamente conocidas y que, siquiera inicialmente, deben tener vocación de permanencia pues, como desarrollaremos a continuación, dos son los enemigos directos de esa seguridad jurídica que desde antiguo se anhela por el hombre: la mala técnica normativa por un lado, y la inestabilidad exagerada del ordenamiento, por otro.

A la vista de dicho diagnóstico pudiera parecer obvio que la solución no es complicada, al menos desde el punto de vista teórico, pues bastaría con tener menos leyes pero de mayor calidad técnica, al tiempo que prestar mayor atención a los "principios y valores", intentando equilibrar la balanza de nuestro ejemplo, consiguiendo hacer compatibles la estabilidad del ordenamiento con el progreso y el cambio social, lo cual no debiera resultar un imposible.

Ahora bien, como veremos más adelante, esa deseada estabilidad no debe equivaler ni al inmovilismo, ni a una *petrificación* eterna del ordenamiento—*ojo a lo de la piedra, que tiene su aquel*—, afirmación que ciertamente tiene su enjundia en un país con casi una veintena de parlamentos autonómicos que, junto al parlamento nacional, se dedican a regular de manera reiterada y repetitiva sobre las mismas materias —*en muchos casos, por no decir todos, con sentidos contradictorios*— y donde, para pasmo del respetable público, conózcase que ¡están vigentes más de cien mil leyes!, por lo que esto de garantizar la seguridad jurídica no parece ya tener tan sencilla solución (*la cifra es correcta, 100.000 legislaciones distintas sobre otras tantas materias, con sus respectivos artículos, disposiciones transitorias, derogatorias, etc. En España, los boletines oficiales de las comunidades autónomas y del Estado publican cada año cerca de un millón de páginas que, por descontado, los juristas debemos leer llegado el momento, y de ahí que habitualmente lleguemos tarde a casa)*.[2]

2 Measuring regulatory intensity by the Spanish Regions (1978—

DERIVACIONES TANGIBLES DEL PRINCIPIO

Tras este primer baño de realidad, realizado sin ánimo alguno de causar desánimo o pesadumbre en quien escruta estas líneas, lo cierto y verdad es que ese intangible principio tiene varias manifestaciones que, al menos en teoría, debieran ser de sencilla percepción para el ciudadano común, entre las que podrían destacarse las que siguen:

El **principio de irretroactividad de la ley**, especialmente circunscrito al derecho penal —aunque no únicamente—, y en particular respecto de la imposibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable pues, *sensu contrario*, cuando la nueva legislación sea más beneficiosa para el reo, sí se aplica con carácter retroactivo.

Ejemplos sobre el particular hemos tenido recientemente, y baste remitirnos al bochorno padecido por la retroactiva aplicación de la doctrina Parot que, aunque bien intencionada, bajo el modesto punto de vista de quien suscribe no podía aplicarse con carácter retroactivo, por mucho que quienes se vieron afectados por ella eran merecedores de ello.

El **principio de tipicidad,** es decir, la específica y concreta tipificación legal de los delitos y las penas. Como reza el viejo aforismo jurídico: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

En síntesis, para que cualquier conducta pueda ser considerada como delito resulta absolutamente imprescindible e inexcusable la previa existencia de una disposición legal que lo declare como tal al tiempo que, para que una pena pueda ser impuesta sobre su autor, es también forzoso que la legislación vigente establezca dicha pena como sanción, sin que pueda aplicarse otra distinta a la específicamente prevista en la norma.

El **principio de cosa juzgada,** *Res iudicata* para los amantes del Derecho Romano en los que se hunde su origen, que tiene como finalidad esencial impedir que una misma cuestión sea juzgada dos veces, impidiéndose la apertura de la misma causa una vez concurren identidad de sujeto, objeto y causa.

Se consigue de este modo establecer un punto finito a la labor cognoscitiva del juzgador pues, como es natural, el perdedor de la *litis* siempre considerará injusta su sentencia y querrá un fallo distinto.

La caducidad y la prescripción de las acciones, que viene a establecer la seguridad jurídica por el mero transcurso del tiempo por mucho que, desde el estricto punto de vista del derecho, se pueda tener la más absoluta razón.

Caducidad y prescripción, por tanto, vienen conformadas por dos elementos esenciales: la "no actividad" o ejercicio del derecho, por las razones que fuere; y el "plazo" que varía en función del tipo de acciones o derechos, aunque está establecido con carácter previo, dando seguridad a las situaciones jurídicas si, transcurrido ese plazo, no se ha producido la actividad que pudiera dar lugar a una alteración de dicha situación.

Por último, las **garantías constitucionales** también forman parte del principio de seguridad jurídica, que vienen a preservar y proteger los derechos fundamentales, aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad.

Son derechos fundamentales garantizados por la Constitución Española, entre otros, el derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación por razón de edad, sexo, raza, nacionalidad, creencias, etc.; el derecho a la vida y a la integridad física, a la libertad religiosa, a la libertad personal, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la libertad de expresión e información, etc.

En definitiva, se deriva seguridad jurídica de todo aquello que implique **certeza del derecho** como valor o atributo esencial del Estado mas, como venimos indicando hasta el momento, el alcanzar esta certeza se antoja ciertamente complicado pues no olvidemos que, por otro lado, debe evitarse el anquilosamiento de ese mismo Derecho, sobre todo considerando que, como normas cuya finalidad última es la aplicación a un colectivo humano, habrán

2009). http://www.indret.com/pdf/779_en.pdf

de adaptarse a las cambiantes necesidades de ese colectivo, lo que nuevamente complica la cuestión.

LA MEJORABLE TÉCNICA NORMATIVA

Anticipábamos en párrafos precedentes que uno de los enemigos directos de la seguridad jurídica era la mala técnica legislativa, cuestión que resulta perfectamente explicable desde el punto de vista práctico si echamos de soslayo una mirada sobre cualquiera de los parlamentos antes citados (estatal o autonómicos) y meditamos brevemente sobre el nivel formativo (en todo los aspectos; moral y jurídico) de gran parte de sus integrantes que, dejando de lado a sus colaboradores y asesores, debemos recordar que son la personificación del poder Legislativo, en el que se residencia la creación de las normas que luego terminarán resultando de general aplicación.

Si el legislador no es bueno, debiera resultar una obviedad que tampoco podrán serlo sus leyes, pues de todos es conocido que "todo árbol bueno produce frutos buenos y todo árbol malo produce frutos malos. Un árbol bueno no puede producir frutos malos, ni un árbol malo, producir frutos buenos", lo que no implica necesariamente, dicho sea de paso y aunque nos veamos tentados en ocasiones, que con el legislador haya que hacer lo mismo que con el "árbol que no produce frutos buenos", que "se lo corta y se lo arroja al fuego"[1].

Sea como fuere, superando esta alegorías forestales, retomando parte de nuestra visión pesimista del asunto tras esa breve e irrespetuosa reflexión sobre el problema parlamentario que nos aqueja, lo cierto y verdad es que el afán por alcanzar la seguridad jurídica absoluta tiene difícil solución, como viene siendo señalado por ilustres conocedores del Derecho mucho más doctos que quien suscribe, debiendo citar en este punto al Prof. E. García de Enterría cuando afirma que "la seguridad jurídica es una exigencia social inexcusable" pero "constantemente deficiente", pese a consagrarse en el art. 9.3 CE como principio constitucional.

Para este autor y aunque pueda resultar paradójico, la inseguridad jurídica actual es un fruto directo, precisamente, de la excesiva "legalización del Derecho". Cuando el Derecho, como ocurre todavía en los países del *common law*, en lugar de en farragosos ordenamientos legales se expresaba a través de principios generales, la seguridad jurídica estaba más garantizada.

A fuer de ser sinceros y en defensa del denigrado legislador, a cuya mala fama hemos colaborado en el presente artículo (quizá por ser testigo directo de una desaforada "incontinencia legislativa" y una falta de seguridad jurídica de la que a diario se dan muestras más que evidentes de su pujanza), justo es reconocer que no es un problema exclusivamente patrio, ni de la actual época que nos ha tocado vivir.

En efecto y a pesar de todo lo dicho, **el único** ordenamiento jurídico que este humilde servidor del Derecho conoce como verdaderamente inmutable; las exclusivas y singulares normas que se mantienen imperturbables al paso del tiempo; el señero cuerpo legislativo que, hasta el día de la fecha (D.m.), no ha sido objeto de modificación o derogación son, evidentemente, las diez claras normas recogidas en las Tablas de la Ley (y ello porque, presumo, al estar grabadas en piedra —la del Sinaí debe ser cual pedernal y de ahí la petrificación de esas normas— resulta harto complicado modificarlas pues, si sólo del legislador español dependiese, tal vez en este momento tendríamos otro código derogado que añadir como decoración a nuestras estanterías).

INESTABILIDAD DEL ORDENAMIENTO

Así es; no sólo debe culparse al mal legislador de la inseguridad jurídica reinante, sino que lo indicado en el párrafo precedente nos conduce inexorablemente a tratar sobre lo que hemos dado en denominar segundo enemigo de la seguridad jurídica pues, en palabras del Guasp, "la paz en cuanto fundamento del Derecho da lugar a la seguridad como

1 Evangelio San Mateo Cap. 7 Ver. 17-19

fundamento del Derecho también" y nos recuerda que "la idea de conservación social está presente en todo el Derecho".

Pero el Derecho, como creación humana que es y que, además, tiene por fin último regular las relaciones humanas (entre iguales, con el estado, entre estados, etc.), enfrenta de manera permanente y sistemática las ideas de conservación con las de progreso o mejoramiento social, que debieran erigirse como un límite a esa inmutabilidad del Derecho como manifestación de seguridad jurídica.

Comprobamos por tanto, no sin cierto estupor, que la expresión "seguridad jurídica" no sería más que una *contradictio in terminis* pues, aunque de capital importancia, lo cierto y verdad es que no estamos frente a un principio absoluto o superior dado que, como tal, debe coexistir forzosamente con otros principios constitucionales con los que ha de hacerse compatible y, lo que resulta más llamativo, en no pocas ocasiones habrá de restringirse generando intencionadamente una incertidumbre jurídica—una inseguridad—.

Y fruto de esa inseguridad intencionadamente buscada, justificada en la evolución social, tendremos como resultado final las diversas innovaciones legislativas y cambios normativos en la medida en que el progreso político, económico y social así lo exija y en tanto no se quiebre la paz social, esa misma paz a la que se refería Guasp al indicar que "en la seguridad jurídica subyace la paz social (en el sentido de orden social) que, como bien, prevalece sobre la injusticia individual por ser un bien colectivo y un *prius* para el progreso y la justicia".

LA MATERIALIZACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO

Recapitulando y por concluir, existe un tercer factor a considerar a la hora de fijar los fundamentos en los que asentar la seguridad jurídica, y que nada tiene que ver con la discutible capacidad del legislador, ni con la necesaria evolución de las normas (dentro de un orden) para su adaptación a la realidad social que regulan.

Y así, por si la cuestión no fuese suficientemente complicada en función de las premisas ya indicadas, no podemos dejar de mencionar que, respecto de la seguridad jurídica, estamos olvidando al último pero no menos importante eslabón de la cadena, pues la aplicación práctica de este Derecho queda final y exclusivamente reservada a los Tribunales de Justicia, de profunda raigambre histórica, como se cita en nuestro recurrente ejemplo.

Así, cuentan las malas lenguas que nuestro admirado Moisés, tras bajar por la ladera del Sinaí cargando trabajosamente con las Tablas de la Ley, llegó al pie del monte para explicar el contenido de sus preceptos a las muchedumbres que allí se agolpaban.

Y todo discurría perfectamente respecto de su doctrinal exposición, detallando cuidadosamente el significado de cada uno de los preceptos divinos o, al menos, así sucedió hasta el quinto, que fue pacíficamente admitido.

Pero al llegar al sexto mandamiento, ante el murmullo alborotado de la gente y los conatos de rebelión de las masas enfervorecidas, al final no hubo más remedio que aplacar los impulsos de esas gentes vociferantes diciéndoles:

"¡Tranquilos!.... ¡tranquilos todos!... ¡Habrá jurisprudencia!"

Así es, queridos y pacientes lectores: con independencia de una depurada técnica legislativa y aún para el caso de que se alcanzase el desiderátum de la seguridad jurídica respecto de la ley escrita, haciéndola perpetua y sin esa permanente mutabilidad que nos atormenta, aun para ese idílico supuesto, decimos, "lamentablemente" la aplicación práctica e interpretación última de la norma está en manos de Jueces que, por descontado, merecedores de nuestra más profunda admiración y respeto, podría afirmarse que, casi en la mayoría de los casos, también son humanos, con lo que el principio se tambalea.

Y ello sin entrar ahora en las procelosas cuestiones relativas a las "influencias externas" y "politizaciones varias" de las que, por desgracia, la judicatura tampoco escapa y que exceden del con-

tenido de esta breve disertación, de las que también estamos teniendo ejemplos notorios, no sabiendo si se resuelve en función de criterios jurídicos, o en virtud de inclinaciones políticas o simpatías personales, ajenas completamente a la función jurisdiccional.

Como enseñó De Otto "el juez no puede hacer otra cosa que aplicar el derecho legislado, la Ley en la que se expresa la voluntad general, con exclusión de cualquier otro derecho. La propia relación entre el acto jurisdiccional y la ley se concibe como un automatismo en el que el juez opera un silogismo sin libertad alguna, sin 'interpretación'; esa sumisión conduce incluso a mecanismos de control del legislador sobre el juez para asegurar que éste realiza la voluntad del legislador y no otra cosa"[2], lo que viene a configurar esa ramificación de la seguridad jurídica conocida como "interdicción de la arbitrariedad".

De este modo, la plasmación práctica del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad debería suponer que los poderes públicos impiden a los órganos judiciales apartarse arbitrariamente de los precedentes propios de modo que se quiebra esa seguridad jurídica y el principio de igualdad (en la aplicación de la Ley, en este caso), cuando un mismo órgano judicial, existiendo plena uniformidad o identidad en el supuesto de hecho enjuiciado respecto de otros previamente juzgados, se aparta del criterio jurídico seguido en los casos anteriores, sin que exista una nueva fundamentación jurídica que de amparo a esa nueva postura en la aplicación e interpretación de esa legalidad que, en nuestro supuesto de ficción, ya habíamos conseguido *petrificar*.

Mas ¿implica lo anterior que no pueda producirse un cambio de criterio?; evidentemente no, creándose de nuevo una inseguridad jurídica que debe ser pacientemente tolerada, dado que el cambio es admisible cuando es "razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*"[3].

Ante este panorama, sólo cabe concluir que "El jurista no debe, ni aun en los momentos más difíciles de su vida, olvidar los principios que forman precisamente el espíritu de justicia y el sentido de seguridad jurídica que debe mantener, profesar y enseñar, sobre todo cuando la pasión política, el odio y la ofuscación de los partidos o las facciones hacen olvidar las garantías jurídicas establecidas en la Constitución y en las leyes, en defensa de la vida, del honor y de la propiedad".[4]

Pues bien; "obras son amores y no buenas razones".

2 De Otto, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pág. 174

3 *La lucha por la seguridad jurídica.* Jesús Remón Peñalver. Abogado del Estado (en excedencia. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de Uría Menéndez)

4 *Abogacía y seguridad jurídica.* Fernando Pombo. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

II.- La protección de la libertad personal

Juan Cesáreo Ortiz-Úrculo
Ex Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Abogado en ejercicio

1. INTRODUCCIÓN

El valor superior de la libertad forma parte esencial del ser humano y le permite actuar según sus convicciones y al mismo tiempo hacerse responsable de sus actos. Es por ello la libertad un valor esencial pero no ilimitado, pues encuentra su frontera final allí donde la percibe la conciencia del sujeto (responsabilidad personal) y, como vive en sociedad, asimismo acaba su derecho donde comienza el de los demás (responsabilidad social), y también allí donde las leyes lo limitan (responsabilidad democrática).

Es más; al ser la persona un ser racional susceptible de conformar sus criterios para valorar sus actos, no pueden entenderse sus responsabilidades al margen de aquellos criterios que pudieron y debieron formarse según su capacidad.

En Penal, que es una de las ramas del Derecho más necesitadas del estudio interno de la persona, a eso se llama imputabilidad (capacidad de entender o comprender) y culpabilidad (capacidad de querer). Y es que la libertad conlleva irremediablemente, responsabilidad. Si una persona desea ser libre, ha de ser responsable. Y la responsabilidad se puede incrementar con una adecuada educación y forma de vida. Por eso es tan importante esto último si se quiere realmente vivir en libertad y seguridad en proporciones aceptables.

En ese entorno se desarrolla el derecho a la libertad de la persona. No obstante, el derecho a la libertad puede ser anulado o mediatizado ilícitamente por fuerzas externas, psíquicas o físicas, que si no se reprimieran constituirían para la persona una situación de inseguridad personal. Por miedo, una persona puede no sentirse libre e impedida de ejercer su derecho. Por la fuerza física, un detenido no se encuentra en condiciones de hacer uso de su derecho a la libertad deambulatoria o de movimiento.

Incluso la falta de seguridad jurídica (art. 9. 3 CE), a la que luego nos referiremos, puede ser la causa de que —en un sistema democrático— la persona no posea libertad para obtener Justicia o

se encuentre impotente ante los ataques ilícitos que reciba de terceros (por ejemplo, privaciones contra su patrimonio, contra su vida, hasta contra su derecho a votar libremente en una democracia); bien porque la norma no lo prevea con claridad o sea confusa —certeza de la norma—, o porque la Justicia no otorgue al ciudadano la expectativa razonablemente fundada de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho —previsibilidad de la norma— (STC 273/2000, F.J. 9 y ss), o porque, sencillamente, no se lleguen a ejecutar las resoluciones judiciales firmes.

Y es que, como decía antes, con la libertad y la seguridad debe pues lograrse un equilibrio suficiente como para que ni la una ni la otra se anulen entre sí. Podríamos decir que el principio de seguridad ha de crear el espacio suficiente como para que en él pueda desarrollarse el derecho a la libertad de todos. Y esa es la tensión a la que denominamos "la dialéctica de la libertad y de la seguridad".

Veamos estas cosas con más detenimiento.

2.- LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Ya en el Título Preliminar de la Constitución (artículo 1. 1 CE) aparece en primer lugar citada *la libertad* como un valor superior del Estado social y democrático de Derecho, que es España. También *la seguridad jurídica* se menciona como un principio constitucional (artículo 9. 3 CE). Asimismo citada en el artículo 17. 1 CE, con un sentido más reducido, como el anverso del derecho a la libertad personal.

Sobre el derecho a la *libertad,* nuestra Constitución reconoce como manifestaciones concretas de aquel, entre otros, los derechos a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE), a la libertad física, de movimientos o deambulatoria (art. 17 CE), a la libertad de residencia y de circulación (art. 19 CE), a la libertad de expresión e información (art. 20 CE), a la libertad de enseñanza y de educación (art. 27 CE), a la libertad sindical (art. 28 CE). E incluso tímida e indirectamente —porque hace más de treinta años la informática no estaba tan generalizada como hoy— también reconoce el derecho a la libertad informática, al decir que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (art. 18. 4 CE).

Estas clases de libertad se desarrollan en nuestra Constitución bajo el paraguas de los derechos fundamentales, comprendidos en el Título I, Capítulo I (artículos 10 al 29 CE)., los cuales pueden hacerse valer a través del recurso de amparo ante el TC (art. 53. 2 CE).

Pero en lo referente a *la seguridad*, la Constitución solo menciona la seguridad *jurídica* (9.3 CE), como principio, sin que al mismo tiempo lo desarrolle y lo convierta en un derecho subjetivo ni fundamental. No puede ser por tanto invocada a través de un recurso de amparo. Sin embargo es "un principio constitucional que ha de informar todo el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos" (STC 133/1989, F.J 13).

Es verdad que junto a esa *seguridad jurídica* cabe respetar también otra seguridad, la que se denomina *personal*, que proporciona tranquilidad interior o de espíritu, producida por la eliminación del miedo —coacciones— y que es soporte y compañera a su vez de la denominada seguridad física —privaciones de libertad de movimientos— (art. 17. 1 CE); la cual está conectada con una tercera, que es la seguridad *pública* (art. 149. 1. 29 CE), también denominada ciudadana, o de tranquilidad en la calle. Y *otras seguridades personales*, no tan físicas, en ocasiones, como la de preservar el honor, la intimidad o la propia imagen, o los datos personales, que sin determinadas regulaciones legales sería muy difícil proteger.

3.- DERECHO A LA LIBERTAD. SU ENTRONQUE CON LA SEGURIDAD, EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA

La libertad de las personas es un valor esencial para nuestro Estado democrático y de Derecho, y

por lo tanto, en el ordenamiento jurídico español, libertad y democracia no pueden disociarse (STC 233/1999, entre otras muchas); el legislador —y por supuesto, quienes están encargados de aplicar la Ley o la Constitución— no tiene capacidad para negar la libertad, porque no depende de ellos su existencia, ni ignorarla, dictando normas a espaldas de la libertad como si ésta no existiera anulando en consecuencia su contenido esencial (STC 12/1982). Y es que la libertad entronca con el derecho a la dignidad humana pues "la libertad hace a los hombres sencillamente hombres" (STC 147/2000, F.J. 3).

Y asimismo es esencial para que el ejercicio del derecho a la libertad sea efectivo en una democracia, que el Estado lo garantice; y si es un Estado de Derecho,—como el que los españoles hemos querido tener: artículo 1 CE— el Estado habrá de garantizarlo con el Derecho, esto es, con las normas que dicte, con la independencia de los que las apliquen y con el efectivo cumplimiento de sus resoluciones. Eso otorga a los ciudadanos una situación de seguridad jurídica, cuyo principio por tanto ha de ser firmemente mantenido y protegido también. Sin seguridad jurídica, en un Estado de Derecho, no hay libertad ni tampoco democracia.

Pero como el acierto no suele estar en los extremos, con la libertad y seguridad pasa lo mismo. Ni una excesiva libertad permite la seguridad, ni una seguridad desproporcionada deja desarrollarse a la libertad.

En estos días se han publicado dos artículos que vienen muy bien al caso. En uno de ellos, recogido el pasado 31 de enero en la tercera de ABC, titulado "Derecho y Democracia", Ramón Rodríguez Arribas, magistrado que ha sido del TS y del TC, recuerda que "la democracia necesita demócratas, esto es, hombres y mujeres que hayan aceptado los principios democráticos, porque en otro caso el sistema siempre estará en riesgo".

Dice que "el principio básico de la democracia es el respeto al orden jurídico que consiste en la obediencia a las leyes y a las resoluciones judiciales", y que todos los demás derechos vienen después. Que esas son las reglas de juego que, una vez aprobadas por todos —como es el caso— constituyen la base de la democracia.

Que "la historia nos advierte que cuando esas situaciones de desprecio al Derecho se generalizan, la democracia y el Estado mismo corren serio peligro", porque se trata entonces de sustituir el principio de respeto al orden jurídico —reglas de juego de todos— por otros supuestos valores muy particulares de quien los defiende, en ocasiones convertidos en sentimientos, que se colocan por encima de las Leyes y que acaban enfrentándose a otros sentimientos opuestos. De tal manera que, en el desorden del Derecho, cuando la Leyes se incumplen y las sentencias judiciales resultan estériles, solo hay injusticia, arbitrariedad y caos, que son el cultivo de los totalitarismos. Y así—podríamos añadir— lo que parecía un juego de libertades, puede convertirse en algo tan concreto y grave como la desaparición del derecho a la libertad, y es cuando surgen esas tardías voces, que siempre llegan, para decir: ¡¡esto no, esto no!!.

Por lo tanto la democracia exige un Estado de Derecho fuerte y eficaz, sin el cual no puede desarrollarse la seguridad jurídica ni, por ende, el derecho a la libertad de las personas.

Ahora bien; tampoco el principio de seguridad, entendido en sentido general, ha de ser de tal magnitud que sofoque el derecho a la libertad de las personas.

Desde esta perspectiva—también de mucho interés, aunque exige mayor cuidado en su ponderación y comprensión— se publicó en el periódico Expansión del reciente 30 de enero, en su última página, un artículo de Fernando del Pino Calvo Sotelo titulado "Huyendo de la realidad", en el que critica una exacerbación de la seguridad asumida por el poder político en demérito de la libertad. Para concluir que la persona debe ejercer su responsabilidad, *debe saber no solo que tiene derecho a ser libre sino que tiene que luchar por esa libertad*, que es su dignidad, conociendo las cargas que ello conlleva, de trabajo y sacrificios; siendo consciente de que en esta

vida nadie —tampoco el Estado— puede asegurar la falta de dolor o de padecimientos porque "esa es una superstición que no existe en la Naturaleza".

Que el dolor es indeseable pero es inevitable, y que es un error, que a la larga se paga muy caro, el de dejarse engañar y ceder la libertad *al poder* a cambio de una absoluta seguridad que no existe.

Aquí nos adentramos en el tenebroso y complejo problema —tan actual hoy— de la entrega al poder, público o privado (como si fuera un padre para todo) de nuestras libertades, a cambio de seguridades que nosotros, con nuestro trabajo y esfuerzo podríamos y deberíamos conseguir.

Cuán importante es nuestra responsabilidad, en lugar de tanta seguridad, para preservar nuestra libertad o nuestra intimidad, por ejemplo en Internet, cuyos beneficios para la humanidad nadie creo que deba negar. Pero cuán importante también es que las personas sean informadas desde su infancia con los datos necesarios para adquirir su propia responsabilidad en el medio en que se mueven.

Pero decía que este segundo aspecto, el de la lucha por la libertad, ha de ponderarse con mayor cuidado dado que, los avances técnicos y la cada vez mayor relación entre todos los seres humanos, a lo que llamamos globalización, hace constantemente más difícil la defensa de los derechos de la persona sin la ayuda del Legislador, de la Policía y de los Jueces, en definitiva del Estado, que por ello puede llegar a intentar justificar en ocasiones injerencias excesivas.

Así lo vemos en las normas de circulación, en el movimiento de dinero (blanqueo de capitales), y en tantos aspectos de la vida, cada vez más regulados.

4.- LA SEGURIDAD JURÍDICA

Ampliando lo que antes apuntamos, cuando una persona se ve privada de manera coactiva, ilícita, psíquica o físicamente, de su derecho al patrimonio, de su derecho al voto, o de su derecho a la educación, sin que la Ley lo prohíba o quienes deban aplicarla no lo hagan de manera efectiva, o no obliguen al cumplimiento de sus resoluciones, o sencillamente éstas no se ejecuten, podríamos afirmar que aquella persona, y en general la sociedad, percibe que carece de seguridad jurídica.

Lo mismo podríamos decir si una Ley fuera incierta, o no diera soluciones comprensibles a una cuestión, o regulara de manera desproporcionada unos derechos con limitación de otros, o cambiara muy frecuentemente la regulación. Esa Ley podría considerarse contraria a la *seguridad jurídica.*

E idéntica inseguridad padeceríamos si las resoluciones judiciales, en aplicación de aquella Ley, fueran contradictorias, incomprensibles, variaran de criterio sin explicación clara o no se ejecutaran en sus propios términos.

Algunos ejemplos pueden ayudar, desde mi punto de vista, a comprenderlo.

Podría sentirse inseguridad jurídica: cuando los más altos Tribunales dejen en la ambigüedad el concepto penal de coacciones, lesiones o amenazas, por ejemplo, respecto de los llamados "piquetes informativos" cuando éstos incluso hubieran violentado físicamente a los trabajadores que pretendían acudir al trabajo durante una huelga; o cuando la jurisprudencia afirme que los jueces que emiten fallos contradictorios sobre los mismos sujetos y por los mismos hechos y causa de pedir, no vulneran el derecho de igualdad en la aplicación de la Ley "porque son independientes"; o cuando las resoluciones judiciales sobre los llamados "okupas" sean sustancialmente contradictorias.

Y qué decir de las Leyes: crea inseguridad jurídica la constante modificación legislativa: solo el Código penal lleva desde 1995 *veintisiete reformas por Ley Orgánica;* y la produce igualmente cuando determinados preceptos legales nuevos o reformados, incluso penales, es decir tipos penales, no solo estén redactados de manera extremadamente larga y confusa, si no que hagan además remisiones a otros artículos para que aún sea más difícil su comprensión (siempre se dijo que los tipos penales deben ser claros e inteligibles por cualquier ciudadano medio).

Crea también inseguridad jurídica el que cada vez lleguen menos asuntos al Tribunal Supremo y que por lo tanto se reduzca cada vez más la unificación

de doctrina jurisprudencial, de manera que se haya implantado el reino de taifas judicial (jurisprudencia llamada "menor").

Crea inseguridad jurídica que la ley de enjuiciamiento criminal continúe decretando el secreto de las actuaciones, salvo para las partes, y que sin embargo existan abogados, u otras personas, que después de acompañar a su cliente en la declaración, durante la instrucción en un proceso penal, salgan a los medios a explicar lo que, *a su juicio*, ha manifestado el declarante, sin que ello obtenga respuesta judicial alguna, excepto en muy contados casos, pero que muy contados.

O que, desde hace mucho tiempo, venga introduciendo el máximo intérprete de la CE la idea de que el proceso penal no debe ser inquisitivo sino acusatorio, que el Juez Instructor, ni tampoco el Juzgador, debe tomar la iniciativa para no contaminarse y que, sin embargo, estemos presenciando en la vida procesal diaria todo lo contrario.

Crea inseguridad jurídica y al mismo tiempo apatía que algunos procesos de todo orden, no solo penales, entren en una dinámica de dilaciones sin explicación plausible y sin respuesta judicial alguna, o que sean tramitados por Jueces "de paso" y de diverso origen.

Sí. La libertad y la seguridad son valores muy delicados, que constantemente son atacados desde distintos frentes externos, públicos o privados, o sufren la invasión del uno por el otro. Es entonces cuando la reacción y la denuncia se imponen.

Y es que hablamos mucho de libertad, e incluso creemos que ya está conseguida, sin percatarnos del miedo que a veces sentimos por ella, o de la necesidad que tenemos a diario de conquistarla. O buscamos a veces la seguridad en las Instituciones públicas cuando con nuestra actuación responsable podríamos encontrarla.

5.- EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, PSÍQUICA Y FÍSICA

Tratadas en otras ocasiones por nuestra Comisión Deontológica de Padres Juristas algunas formas de libertad, como la religiosa, la de expresión o información, creo conveniente centrarme ahora en una que especialmente afecta a muchos aspectos de la vida ordinaria: *la libertad personal*, interna o espiritual —menos y peor tratada, a mi juicio, por el Legislador y los Jueces—, y la externa, también llamada deambulatoria o de movimiento, que en mi opinión se encuentra mejor protegida.

Para explicarlas, me voy a colocar en la frontera del Derecho, o sea en el último lugar en que la Ley protege lo más grave, en lo que llamamos los juristas: la *ultima ratio*, que es el derecho penal.

6.- LIBERTAD FÍSICA O DE MOVIMIENTOS

Comenzando por el derecho a la libertad física o de movimientos, existe una importante consideración: aquí no hay zonas intermedias; O se está privado de libertad o se está libre.

No hay zonas intermedias.— En este sentido el TC dijo que «debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita; de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento (vg.., la prisión preventiva), sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad».

No implican privación de libertad:

Las identificaciones *«in situ»* (en el lugar del hecho), efectuadas por la policía, cuando el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan las Leyes.

El cacheo *«in situ»* (o registro exterior del cuerpo en el lugar del hecho) cuando la persona no estuviera identificada. El registro de partes íntimas tiene otras consecuencias y obligaría a más exigencias.

La prueba de alcoholemia efectuada a los conductores de vehículos en el lugar del hecho.

La comparecencia espontánea o a voluntad propia en dependencias policiales, o el acompañamiento de la policía con el consentimiento del detenido.

Constituyen privaciones físicas de libertad personal

A) Detenciones

Las privaciones de libertad (detenciones) están rigurosamente previstas en la Ley, que debe ser Ley Órgánica.

Los particulares *pueden detener* según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) en determinados casos: vg., a) al delincuente que está cometiendo un delito o que acaba de cometerlo (delincuente *in fraganti*), b) al condenado que está cumpliendo condena por delito, cuando se fuga, etc. Pero esa privación de libertad debe tener como finalidad presentar al detenido inmediatamente a la autoridad.

La Policía, por el contrario, *tiene obligación* de detener a las personas, en esos mismos supuestos, y en otros previstos en la Ley. Pero según la CE, en un plazo máximo de 72 horas —art. 17. 2 CE— (24 según la LECr: artículo 496) ha de poner al detenido a disposición del Juez. Además a todo detenido debe informarle de sus derechos y de las razones de su detención. Y el detenido tiene derecho a reclamar ser puesto ante el Juez (*habeas corpus*). Pero, en todo caso, este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide calificar de ilegales aquellas detenciones que aun sin rebasar dicho límite máximo sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, atendiendo a las circunstancias del caso.

Aquí hay un ejemplo de inseguridad jurídica; lo es que el plazo máximo de la detención sea superior en la CE (72 horas) al que señala la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (24 horas), y que el Legislador no lo haya adaptado ni la jurisprudencia lo haya fijado, hace mucho tiempo, de manera inequívoca. Esto no solo desconcierta a los profesionales del Derecho sino que genera comentarios encontrados que hubieran podido ser innecesarios.

Por simples faltas (no delito) no se puede detener, pero si la apariencia es delictiva la detención puede ser lícita.

La *detención de menores de edad* (mayores de 14 años) ha de acomodarse a lo dispuesto en la LO 5/2000, de 12-1, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LPM), que entró en vigor el 13-1-2001, reformada por LO 7/2000, 9/2000, y 8/2006, de 4-12, y que es aplicable a los mayores de 14 años y menores de 18 (art. 1).

A los menores de 14 años, se les aplica la legislación de protección al menor.

También se consideran privaciones de libertad:

El internamiento preventivo de extranjeros previo a la expulsión.

Los requerimientos que los agentes policiales pueden hacer «a una persona que ha cometido una infracción administrativa», y a la que no es posible identificar en el lugar, para que les acompañe a las dependencias próximas, a estos solos efectos de identificación.

El Juez, asimismo, puede detener a una persona en el curso de un proceso, entre otras razones cuando el citado como imputado no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida. Y el Juez también puede transformar la detención en prisión provisional, como medida cautelar de un proceso penal abierto.

B) Detenciones ilegales

Se consideran penalmente detenciones ilegales las que privan a una persona de su libertad de movimiento en casos no permitidos por la ley.

La detención ilegal puede tener lugar por un particular, o por autoridad o funcionario público.

La detención practicada por un particular es ilegal en los siguientes supuestos: en los casos no permitidos por la ley, bien cuando sea para fines distintos de la entrega del detenido a la autoridad

(tipo básico), o para entregarlo inmediatamente a la autoridad (tipo atenuado).

La detención ilegal por autoridad o funcionario público requiere una determinada condición en el autor del mismo, la de ser autoridad o funcionario público y, además, admite dos figuras: que la detención se practique *en caso no permitido por la ley* y *sin mediar causa por delito*, (como equivalente a practicarse la detención "por causa de delito" o "en forma preordenada a un proceso penal", no necesariamente en el curso del mismo, una vez abierto). O que, *estando permitida por la ley y mediando causa por delito*, sin embargo el sujeto activo no cumpla los plazos de detención o vulnere garantías constitucionales o legales: vg., supere las 72 horas, no informe al detenido de sus derechos, etc.

C) Secuestros.— Se considera tal en nuestro Código penal (164) la detención de una persona exigiendo alguna condición (sea o no económica) para ponerla en libertad.

Todas las detenciones tienen en el Código Penal penas de prisión que pueden estar en proporción a la gravedad del delito, porque van hasta seis años, o incluso hasta diez, si se trata de secuestro.

No pasa lo mismo, a mi juicio, con las amenazas y coacciones,—que a continuación describiré brevemente— cuyas penas creo que no responden a veces a la gravedad de lo que supone la limitación de la libertad que tales delitos conllevan y los trastornos que a la víctima ocasionan.

7.- PRIVACIONES DE LIBERTAD PERSONAL PSÍQUICA

A) El delito de amenazas

El CP castiga al que "*amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*".

Como digo en mis comentarios al CP de Colex, el delito de amenazas, que preserva esencialmente el derecho a la libertad de la persona, derecho constitucionalmente básico (art. 1 CE), no está tipificado en el CP con el cuidado y rigor que debiera, ni sancionado en proporción al bien jurídico que protege.

De un lado, porque el mal con que se conmina debe ir dirigido contra el amenazado, su familia o «persona que le esté íntimamente vinculada», resultando así incomprensiblemente ineficaz el mal que se dirige contra un tercero inocente o contra el propio amenazador (hijo que amenaza a su padre con suicidarse para obtener dinero, involucrando así al padre en un posible delito de cooperación al suicidio del art. 143 CP), cuando resulta que tales hipótesis no solo son posibles sino habituales en la delincuencia moderna y son capaces de provocar la misma o parecida alteración en la libertad del amenazado. Además, no es aceptable la ambigüedad e indefinición de la frase «persona que le esté íntimamente vinculada»; y, por último, en cuanto a las características del mal, el Código de 1995 ha optado por relacionar expresamente los delitos concretos que han de integrar el mal de la amenaza (homicidio, lesiones, etc), dejando fuera, incomprensiblemente otros delitos con los que se puede amenazar, como por ejemplo, el de incendio, que de esta manera no permitirán configurar el delito de amenazas.

Además la pena que se establece para el tipo básico (seis meses a dos años: art. 169. 2) no parece adecuada habida cuenta de la gravedad que implica privar o limitar la libertad del amenazado, que es lo que se trata de proteger.

B) El delito de Coacciones

Por su parte, se persigue por coacciones al que "*sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa*".

El delito de coacciones necesita por tanto: 1º) una conducta violenta, que puede ser de contenido material (fuerza *física),* o intimidatoria (fuerza

compulsiva), que se ejerza contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo sobre la persona, o de manera indirecta sobre sus cosas, e incluso sobre terceras personas; 2º) que la acción vaya encaminada a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3º) que la conducta tenga la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta (art. 620 CP); 4º) que exista un deseo de restringir la libertad ajena; y 5º) que la actividad realizada sea ilícita, esto es, que el agente del hecho no esté legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación.

Para diferenciar este delito con el de amenazas se ha tenido en cuenta un criterio temporal, de tal modo que en las amenazas el mal con el que se conmina es de futuro, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual. Así que el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo en las amenazas incide sobre el proceso de formación de su voluntad, por eso intranquiliza a la víctima, mientras que en las coacciones afecta directamente a la voluntad de obrar ya formada, y la obliga a doblegarse en sentido distinto al querido.

FINAL

He pretendido hacer una pequeña y sencilla referencia a estos delitos contra el derecho a la libertad porque su regulación constituye un termómetro de lo que el legislador —y al fin la ciudadanía— quiere establecer para proteger aquel derecho fundamental y, de paso, para garantizar nuestra seguridad. Estos delitos son las últimas barreras jurídicas de protección de las acciones más graves contra la libertad. Me parece que reflexionar sobre ellas, para mejorarlas, no es algo baladí.

III.- El principio de legalidad

Cesáreo Guerra Galli
Abogado

Con ocasión de las excarcelaciones de presos de ETA y de condenados por delito de violación y homicidio, cada día se habla más en los medios de comunicación, de los tribunales, de los fiscales, jueces, abogados y demás profesionales que trabajan en el ámbito de la justicia. Los periodistas llaman a este apartado "Crónica de Tribunales".

Los profesionales que nos dedicamos a la "cosa jurídica"—incluyo a los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que ha "enterrado" la denominada Doctrina Parot— tienen como algo inherente a su actividad, a su lealtad, a su juramento y a su cargo, la obligación de ser ejemplarizantes, educadores —con el resto de los ciudadanos— del principio de legalidad: cumplirlo y hacerlo cumplir.

Los medios de comunicación deberían también no hablar tanto de las personas que integran el poder judicial o ejecutivo como de trasladar a la Opinión Pública que todos estamos sometidos al imperio de la Ley y la Ley es la que está escrita y está vigente en el momento de producirse el hecho.

En cada sentencia judicial se contiene este principio porque todo procedimiento judicial, desde su inicio, ha debido estar sometido al imperio de la ley vigente en el momento en que se produjeron los hechos que se enjuician.

Todo ciudadano debe actuar con sujeción a la Constitución y a las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico vigente. Los profesionales del derecho tienen, además, que dictaminar, informar, defender, acusar, y ejercer, interponiendo en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes vigentes determinen.

Los profesionales de la justicia, cada uno de ellos, sobre todo los que integran el poder judicial, deben actuar de oficio, sin órdenes externas, ni siquiera de superiores jerárquicos, para que se cumpla la ley. Tan sencillo como eso: que se cumpla la ley vigente. Comporta la misión de todo Tribunal de Justicia (incluido el TEDH) la salvaguarda del cumplimiento de la Ley que emana del pueblo, con los mecanismos

que la misma le da o le ha otorgado dentro de sus competencias y siempre dentro de los límites de la misma legislación a la que están obligados observar y hacer observar.

Por ejemplo, el Ministerio Fiscal en España debe velar por la protección procesal de las víctimas y la protección de los intereses en los procesos en los que interviene, así como también velar por el cumplimiento de las resoluciones que afectan al interés público y social. Es decir, el Ministerio Fiscal debe defender la legalidad de los procesos judiciales en los que intervenga, siempre protegiendo los derechos de los ciudadanos que están recogidos en las leyes.

Debemos recordar que para que los ciudadanos cumplamos con el Estado (las normas emanan del pueblo representado en el Parlamento—poder legislativo) éste tiene dos vías para sancionar las conductas que vayan en contra del principio de legalidad:

La primera es la potestad sancionadora de la Administración Pública, y la segunda es la potestad punitiva de los jueces y Tribunales de Justicia, que tienen facultades atribuidas por ley para garantizar el cumplimiento de deberes con el Estado y las leyes, y por ende, con cada uno de sus ciudadanos.

Por ello, tanto la vía sancionadora de la administración como la punitiva de los tribunales de justicia deben estar sometidos al principio de legalidad. El principio de legalidad obliga a toda persona al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Pareciera que el principio de legalidad es el principio más importante de todos los principios en Derecho, porque tiene una interpretación y desarrollo menos subjetiva o interesada que los principios del derecho natural, los morales-éticos, que pueden quedar al arbitrio disperso e individual de cada uno.

Podría decirse también que el principio de legalidad tiene preferencia frente a las costumbres, a la doctrina jurídica y a las "ingenierías jurídicas" y, parece ser, a la vista de la sentencia del TEDH que deroga la Doctrina Parot, que las decisiones doctrinales del Tribunal Supremo tampoco tienen preferencia a la LEY, en este caso al Código Penal del año 1973.

Recuerdo que cuando me inicié en la práctica de la abogacía a principios de los años 90 en el despacho de mi padre, yo le preguntaba mucho sobre cuestiones jurídicas y él siempre me despachaba con un "míratelo en la Ley".

Es tan importante este principio, el principio de legalidad, que está expresamente regulado (más bien yo diría advertido) en las diferentes leyes que componen el ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo, el Derecho civil, Derecho penal, Derecho tributario, etc., porque en todos estos ámbitos del derecho se debe preservar dicho principio.

Es más, nuestra Constitución en el Título Preliminar en su artículo 9.3, consagra el principio de legalidad diciendo: "*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".*

Y en el Título I de la Carta Magna, el artículo 10.2 dice "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".*

Si bien es importante el principio de legalidad en ámbitos como la potestad sancionadora de la administración, por ejemplo en sanciones tributarias, no es menos cierto que el principio de legalidad penal es, por su trascendencia sobre la libertad de las personas, el más importante. Y más aún si cabe, cuando hablamos de la responsabilidad penal de los menores, regulada en la Ley del menor LO 5/2000.

En nuestra Constitución, el principio de legalidad penal se consagra en el artículo 25.1. Este artículo ampara el principio legal de protección diciendo que *"nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

Quiero hacer notar que este artículo dice *"según la legislación vigente en aquel momento",* no dice doctrina vigente en aquel momento, ni dice, vigente cuando se produce un hecho delictivo. En lo que respecta a la doctrina Parot, esta doctrina no existía cuando se cometieron los hechos delictivos de los que ahora están saliendo de prisión.

A los juristas nos preguntan muchas veces por qué se excarcelan a los etarras y violadores. Explicarlo puede ser difícil, y lo será de todas las maneras, por la trascendencia humana, por el sufrimiento de las víctimas y por la sensación de injusticia que comporta, aunque se recurra al principio de legalidad (legalidad vigente), que en el caso de estas excarcelaciones es un principio que se ha aplicado pese a que cualquier explicación nunca podrá sustituir ni disminuir el dolor e indignación.

Este letrado que suscribe deplora lo ocurrido con estas excarcelaciones, sobre todo por el peligro de los no rehabilitados, pero está convencido de que se ha aplicado la Ley. La aplicación de la ley, en ocasiones, no tiene nada que ver con la justicia.

Pero es que la verdadera justicia, o se consigue— en estos casos de excarcelaciones— por vía divina en el juicio final, o se consigue con unas leyes apropiadas y proporcionadas al tiempo y a la gravedad del hecho punible. Porque, a veces, es necesario dejar pasar el tiempo para ver con claridad que la "culpa" de lo que está ocurriendo con estas salidas de prisión no es exclusivamente del TEDH, ni de la Audiencia Nacional, ni del Tribunal Supremo, ni del Constitucional, sino del poder legislativo que siempre va por detrás de las necesidades de sus ciudadanos, de su necesidad de tener un Estado de Derecho fuerte.

El principio de legalidad es el paraguas y la espada del Estado de Derecho. Si nuestros legisladores (políticos) no fueron capaces de reformar el Código Penal hasta el año 1995 (22 años desde el Código Penal del año 1973 y 17 años desde que tenemos Constitución), el paraguas y la espada quedan pequeñas, oxidadas, insuficientes para equilibrar la balanza de la Justicia y se están filtrando a la sociedad individuos que fueron y pueden seguir siendo peligrosos. Sólo tenemos el alivio de que ahora el Estado de Derecho tiene nuevo Código penal. Es tarde, siempre tarde. No consuela, pero es lo que hay, es lo que había antes de la reforma del Código Penal.

No existe ningún país que no necesite reformas legislativas. El propio Vaticano con el nuevo Papa Francisco, ha impulsado, a través de un Consejo pontificio llamado "G8 vaticano", el cambio de sus normas internas, concretamente de la Constitución Apostólica "*Pastor Bonus*". El Papa nos ha dado una lección, otra más, sobre todo a los políticos, que es una lección de compromiso, de inmediatez, de cercanía, de mejora. El Papa no ha actuado exclusivamente como gobernante sino como alguien que ama a los demás, y por eso quiere lo mejor para ellos.

Tanto atentado, tantas víctimas. No es de recibo que en España, habiendo tenido (y teniendo) el problema de ETA tanto tiempo, se haya tardado en democracia 17 años para cambiar el Código Penal, y alcanzar *por ley* el objetivo que se pretendía con "la ingeniería jurídica" que fue la Doctrina Parot, ya anulada por el propio Tribunal Supremo.

IV.- Libertad y Seguridad: la dialéctica del Estado de Derecho

Eduardo de Urbano Castrillo
Magistrado

Nos proponemos en este breve trabajo, reflexionar sobre el marco de la dialéctica básica de lo jurídico: la dicotomía libertad—seguridad.

La importancia de este tema, radica en que viene a ser la base sobre la que se asientan tanto las iniciativas privadas como las relaciones comunitarias.

En palabras más simples, para poder actuar en libertad, ejerciendo sus derechos, los ciudadanos, cada individuo en concreto, necesita de un orden que le proporcione la suficiente seguridad para ello.

LA LIBERTAD, COMO MARCO DE REFERENCIA GENERAL

Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), libertad es —en su primera acepción— la " facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Y también, el "estado del que no está preso" y la "falta de sujeción y subordinación", en su tercera y cuarta acepción, ya que la segunda es la que dice que es la condición del que no es esclavo[1].

1.- La perspectiva filosófica

La consideración de nuestro tema, desde una perspectiva filosófica, nos lleva a través de la siguiente evolución: primero, la capacidad de autodeterminación, acto o acción voluntaria y ausencia de coacción o limitación, acepciones que se mueven en el plano natural del ser, seguidamente, concepciones de corte individualista—personalista: "renunciar a la propia libertad es renunciar a la cualidad de hombre" (ROUSSEAU); "la libertad constituye mi única muralla defensiva" (LOCKE)[2]; pasando, en una última

1 Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 21ª Edición. Madrid, 1992.

2 Las citas corresponden, respectivamente, al "Contrato social"

etapa, a referirnos al concepto de libertad en el marco social, antesala del plano jurídico.

En esta última línea se movía Kant cuando consideraba la libertad como la facultad de obedecer a una ley, y Bobbio como la resolución o decisión del individuo en cuanto afecta a la colectividad. [3]

Por su parte, Ortega se hizo eco del pensamiento de Cicerón cuando éste —ante la realidad compleja de la sociedad de su tiempo que desde luego no se "auto-regulaba", sino que sólo se sentía libre "cuando era mandado por las magistraturas, conforme a las leyes"— afirmaba en su libro "*Sobre las leyes*" que sin "mando o *imperium* no puede subsistir ni una simple casa, ni una ciudad, ni un pueblo, ni el género humano mismo". [4]

Autores como Hayek, tras recordar que estamos ante una palabra a la que se le han asignado las más diversas acepciones y significados, como dijeran Lincoln y Montesquieu, insiste en que libertad es ausencia de coacción arbitraria [5] porque la coacción ,si se ejerce por el Estado de acuerdo a reglas conocidas, se convierte en "un instrumento que asiste a los individuos por igual en la persecución de sus propios fines". [6]

En conclusión, con este breve *excursus,* hemos querido poner de manifiesto cómo el plano filosófico conduce inexorablemente, en una concepción social, a la idea de libertad enmarcada en la legalidad y a que, para ser verdaderamente libres, magistraturas conforme a las leyes deben ejercer el grado de coacción necesario para que los individuos puedan conseguir sus propios fines.

En esta línea, debe tenerse en cuenta que existen unas garantías que nos proporcionan la suficiente seguridad para actuar pues "si no se guardan las debidas cautelas, si se desprecian las garantías, corremos el riesgo de que nuestra sociedad, al igual que el retrato de Dorian Grey, se vaya paulatinamente envileciendo, asemejándose cada día más al tipo de sociedad que los violentos desean imponer". [7]

2.- Aproximación jurídica

Al analizar el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) [8], debe rechazarse cualquier intento de aprehender extensivamente el derecho básico a la libertad, pues supondría desorbitar las referencias normativas del derecho a la libertad, al convertirlo en concreción de todos los derechos, pues aunque "no es de recibo una lectura excesivamente lata de este art. 5 CEDH", tampoco puede desconocerse sus interacciones con otros derechos —singularmente el de seguridad— y otras nociones y cuestiones procesales.

Y es que, aunque la STC 83/84, de 24 de julio hable de que en el art. 1.1 CE se recoge "el principio general de libertad" que "autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no se subordine a requisitos o condiciones determinadas", lo cierto es que, como tal, no existe un principio de libertad, sino un criterio interpretativo rector: en caso de duda, siempre hay que aplicar la ley menos restrictiva del derecho fundamental a la libertad (STC 88/88, de 9 de mayo).

Pues "Ante todo del art. 10 ap. 1º CE, se deduce con gran facilidad un principio de *favor libertatis*

(lib I, cap IV) y al "Ensayo sobre el Gobierno Civil", obras clásicas de dichos autores, referencias incluidas por PEDRAZ PENALVA, E. en *"El derecho a la libertad y seguridad"* dentro de la obra *La jurisprudencia del TEDH*, CDJ. CGPJ, 1993.

3 La idea del pensamiento de KANT pertenece a "*La paz perpetua*" y la de BOBBIO, está extraída de sus "Estudios de historia de la filosofía", obras citadas por BANACLOCHE PALAO, Julio en su espléndida monografía *"La Libertad personal y sus limitaciones"*, Mc Graw Hill, Madrid 1996.

4 ORTEGA Y GASSET, José en *"Obras completas*", "Libertas" en Tomo VI, pp. 71 a 78. Revista de Occidente, Madrid, 2ª Edición, 1952.

5 HAYEK Friedrich A. en *"Los fundamentos de la libertad"*, Obras completas vol. XVIII, Unión Editorial, Madrid 1991, pp. 25 y 26, que cita a Lincoln en sus "*Writings*" y a Montesquieu en "*L'esprit des lois*".

6 Id. pág. 39.

7 GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en op. cit. pág. 226

8 PEDRAZ E. en op. cit. p. 77.

que el intérprete de la Constitución debe tener siempre presente". Y "el principio de la *dignidad de la persona* puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico...de los derechos de libertad civil", y "la norma del art. 10 ap. 2º es sólo una especificación del principio de *favor libertatis* que expresa el apartado anterior. Sin embargo tiene el mérito de ofrecer parámetros relativamente precisos"[9].

Dicho principio *favor libertatis*, supone que el criterio en materia de derechos fundamentales sea, *"in dubio pro libertas"* y nos ilustra sobre la excepcionalidad de las restricciones a tal derecho, en particular para adoptar la medida cautelar de prisión preventiva, posterior a la detención (STC 32/87, de 12 de marzo; idea reiterada en la STC 34/87).

VALOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con precisión jurídica, la STC 206/91, de 30 de octubre indica que "la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento". (En el art. 1.1 CE, se recogen como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político).

Ciertamente, la de "valores superiores" es una expresión que "suena a filosofía" y nos remite —dice Basile, en op. cit— a Nicolai Hartmann y, en consecuencia, a SCHELER y, más allá, al panorama cultural alemán de finales del siglo XIX. Son conceptos no susceptibles de una definición precisa pues se refieren a "algo que trasciende el cuadro político-institucional y el mismo orden formal del Derecho: quiere indicar aspiraciones ideales a las que el ordenamiento jurídico debe tender"[10].

Por su parte, Rovira Viñas indica que todos los derechos fundamentales derivan de dos grandes valores del ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad, reconocidos tanto en el Preámbulo como en el art. 1 CE.[11]

Jorge de Esteban señaló, hace tiempo, que a través de los valores expresados en el Preámbulo, Título Preliminar, y después desarrollados a lo largo de todo el texto constitucional, se evidencia con claridad la ruptura con el régimen anterior. Suponen "un ejemplo insólito del constitucionalismo mundial" y se sitúan más allá de la perspectiva del Derecho Constitucional para enmarcarse en un horizonte propio de la filosofía del derecho, constituyendo "objetivos a conseguir" por el nuevo texto fundamental.

Y con mayor concreción, dice que son como "postulados previos" a la Constitución "que les hace aparecer como los cimientos del edificio constitucional" e inspiran todo el ordenamiento constitucional, al modo de las "decisiones políticas fundamentales" de Carl Schmitt, pues son, en definitiva, auténticos "valores supraconstitucionales" previos a la Constitución.[12]

Se ha señalado, no obstante, la división de la doctrina sobre el valor o alcance del art. 1.1 CE. En polémica que hoy creemos superada, tras las aportaciones de Peces Barba y Antonio Hernández Gil que le otorgan un valor jurídico máximo, superior a las normas jurídicas incluso.[13]

En la concepción ya clásica de Lucas Verdú[14], el mencionado profesor —quien indica que la expresión "valores superiores" no recuerda aparezca en otros textos constitucionales nacionales ni extranjeros— sostiene que en el Título Preliminar se contiene la "fórmula política de la Constitución", síntesis del "techo ideológico, la organización jurídica y la estructura social" conformada en el texto constitucional, que supone una especie de "voladura controlada" de las

9 Basile, Silvio en *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas en La Constitución española de 1978,* de Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría Ed. Civitas, 1981.

10 Id. op. cit. pág. 272.

11 Rovira Viñas, Antoni en *Los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española de 1978,* en *Introducción al Sistema Político Español*, obra dirigida por Andrés de Blas, en Ed. Teide, Barcelona 1983.

12 De Esteban, J. y López Guerra, L. en *El régimen constitucional español.* Ed. Labor, Barcelona 1980. pp. 50 a 53.

13 Banacloche, Julio en *La libertad personal y sus limitaciones*, pág. 22, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, explica la confrontación entre los referidos y Alzaga Villaamil y Garrido Falla, a quienes atribuye una mera interpretación pedagógica de los valores.

14 Lucas Verdú, Pablo en *Comentarios a la CE de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga en Ed. Revista de Derecho Privado.

superestructuras "envejecidas y opresoras del régimen precedente".

Los valores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político constituyen el instrumento de la lucha para la renovación y "edificación permanente" del Estado que se constituye, "techo ideológico implícito" del estado social y democrático de derecho, y que se particularizan en el art. 9 2º, en cuanto a la libertad e igualdad.

Sobre su alcance, tras criticar a quienes con un neopositivismo técnico-jurídico esterilizan el mensaje de la Constitución al desdeñar su *telos*, no profundizar en su fundamentación e impedir la función transformadora de la Constitución, afirma que tienen un profundo contenido ético, una "dimensión moral" y ejercen "función interpretadora del bloque constitucional con la condición de que no olvidemos su carácter dinámico: refundador del Estado y fundador y fundamentador del ordenamiento jurídico" [15].

Se trata de una Constitución material —en el sentido que dio a la expresión MORTATI— y como tal, "sostiene y nutre el texto constitucional", al que hace y rehace continuamente, pudiendo calificarse al art. 1 como el primer y más calificado sillar del bloque constitucional". [16]

Y en tal contexto, el valor libertad en concreto, que no es un valor abstracto o retórico, al especificarse en el Título I, capítulo segundo y en el Título Preliminar, en sus art. 6 y 7, constituye punto de arranque para el libre desenvolvimiento de la persona a través de todos los derechos y libertades, sin que ninguno de los cuatro valores mencionados en el art. 1 CE sea superior a los demás, pues son complementarios. [17]

DERECHO FUNDAMENTAL.

El art. 17 CE reconoce y garantiza el derecho fundamental a la libertad y, en particular, su aspecto más tangible: la denominada libertad personal o ambulatoria, esto es, la que permite el libre movimiento de la persona.

Sucede, además, que tal derecho se relaciona con el de la seguridad, "antecedente y soporte de la libertad material" [18]y se delimita en los distintos párrafos del art. 17 del texto constitucional, abarcando tanto a españoles como extranjeros y, por razones de soberanía, proyectándose sobre quienes se hallen dentro del territorio español.

Su regulación como derecho fundamental, tiene cobertura internacional que, por la vía del art. 10.2 CE, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la Declaración Universal de Derechos, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948, proclama en su art. 3 que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", señalando el art. 9 que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, establece en su art. 9 que "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales... Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". Y en el art. 9.3, se dice en concreto que: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

Por su parte, en él ámbito de la UE, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, regula en su amplio art. 5 la protección del derecho a la libertad, reconociéndose tal derecho a toda persona, y permitiéndose su

15 Id. p. 95

16 Id. pág. 102

17 Id. pp. 62, 64 y 65

18 Gálvez, Javier en *Comentarios a la CE de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga. Edersa. pág. 347.

privación de libertad —entre otros casos— "para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido".

CONSECUENCIAS

La configuración de la liberad como un principio fundamental del orden y la convivencia, es el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos y libertades.

Pero su adecuado ejercicio exige un marco de seguridad que corresponde proporcionar al Estado, a través de la ley y sus instituciones.

Esa dialéctica debe mantener un cierto equilibrio, pues es sabido que, a mayor seguridad, existe el riesgo de menos libertad, y que los regímenes autoritarios justifican su existencia con que proporcionan más seguridad, estabilidad y paz que los presuntamente más democráticos, que —dicen— son un foco de desorden social e injusticia.

En la Exhortación Apostólica, "La alegría del Evangelio", del 2013, el Papa Francisco recuerda la importancia de la libertad religiosa, tan amenazada en nuestro tiempo: "*Todos tienen derecho de recibir el Evangelio y los cristianos tienen el deber de anunciarlo sin excluir a nadie*" (pág. 14).

También se refiere a la importancia de situar correctamente las prioridades, pues *"la adoración del antiguo becerro de oro ha encontrado una versión nueva y despiadada en el fetichismo del dinero y en la dictadura de la economía sin un rostro y sin un objetivo verdaderamente humano"* (pág. 47), lo que lleva a que *"el afán de poder y de tener no conoce límites" (pág. 48).*

Por eso, nos exhorta a "*la solidaridad desinteresada y a una vuelta de la economía y las finanzas a una ética en favor del ser humano*" (pág. 49), dado que "*aun quienes aparentemente poseen sólidas convicciones doctrinales y espirituales suelen caer en un estilo de vida que los lleva a aferrarse a seguridades económicas, o a espacios de poder y de gloria humana que se procuran por cualquier medio, en lugar de dar la vida por los demás en la misión*" (pág. 65).

Y es que la verdadera paz, *«no se reduce a una ausencia de guerra fruto del equilibrio siempre precario de las fuerzas. La paz se construye día a día, en la instauración de un orden querido por Dios, que comporta una justicia más perfecta entre los hombres»* (pág. 169).

En definitiva, la dialéctica libertad-seguridad implica que Dios *ha querido dejar al hombre en manos de su propia decisión, para que así busque espontáneamente a su creador y, adhiriéndose libremente a este, alcance la plena y bienaventurada perfección. Y para ello, se requiere que el hombre pueda actuar conforme a su dignidad de ser libre, actuando según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna, personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa.* [19]

De otro lado, el recto ejercicio de la libertad personal exige unas determinadas condiciones de orden económico, social, jurídico, político y cultural. Ese marco no es algo sólo esperable del Estado sino que permite al hombre cambiar convenientemente el estado de las cosas, pues "es padre de su propio ser y construye el orden social" [20].

En el ejercicio de esa libertad —recuerda la doctrina de la Iglesia— existe una referencia a una ley moral natural, que consiste en la participación en la ley eterna de Dios. Y "esta ley se llama natural porque la razón que la promulga es propia de la naturaleza humana. Es universal, se extiende a todos los hombres en cuanto establecida por la razón".

Y su importancia es tal que "en la diversidad de las culturas, la ley natural une a los hombres entre

19 Concilio Vaticano II, const. Past. *Gaudium et Spes*, 17:AAS 58 (1966) 1037; Cf. Catecismo de la iglesia católica, 1730, 1732

20 Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Primera Parte, Cap.. 3,

sí imponiéndoles principios comunes".[21] La ley natural es inmutable, "subsiste bajo el flujo de ideas y costumbres y sostiene su progreso... Incluso cuando se llega a renegar de sus principios, no se la puede destruir ni arrancar del corazón humano..."[22].

21 Ídem

22 Ídem.

La ley natural, unida a la ley positiva proporciona esa seguridad indispensable para un recto ejercicio de la libertad, cuya concreción podemos encontrarla en esta frase de San Josemaría: "Algunos pasan por la vida como por un túnel, y no se explican el esplendor y la seguridad y el calor del sol de la fe"[23].

23 Camino, 575

V.- La verdadera libertad

Ignacio Tello Bellosillo
Consejero Técnico del Ministerio de Fomento

El libro del Génesis nos dice que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza, lo que equivale a decir que lo hizo libre y racional.

Así lo expresa sintéticamente San Ireneo: "El hombre es racional y por ello, semejante a Dios; fue creado libre y dueño de sus actos".

Por ello, desde una perspectiva cristiana, libertad y racionalidad están indisolublemente unidas.

El Catecismo de la Iglesia Católica define la libertad como el poder, radicado en la razón y en la voluntad, de obrar o de no obrar, de hacer esto o aquello, y precisa que por el libre arbitrio cada uno dispone de sí mismo (cf.r nº 1731).

La libertad, pues, implica la transcendental posibilidad de elegir entre el bien y el mal, se convierte en fuente de alabanza o de reproche, de mérito o de demérito (cfr. nº 1732).

Ahora bien, solamente puede hablarse de verdadera libertad si el libre albedrío se emplea en el ejercicio del bien y de la justicia, en la medida en la que dicho ejercicio fortalece y ensancha la libertad humana, mientras que utilizado para hacer el mal limita y esclaviza al hombre.

En este sentido se habla en la epístola de San Pablo a los romanos de la "esclavitud del pecado" (Rm. 6,17).

Así pues, utilizar negativamente la libertad para el pecado no solo es intrínsecamente perverso por la ofensa hecha a Dios y el mal que se causa al prójimo, sino que va debilitando y enflaqueciendo progresivamente la propia libertad, de tal manera que, sin temor a exagerar, bien puede hablarse, como hace San Pablo, de la esclavitud del pecado.

Esto es lo que se denomina libertinaje, considerado como la elección de la desobediencia y del mal, que, a tenor de lo anteriormente expuesto, no sería un ejercicio de la verdadera y genuina libertad, sino, al decir del Catecismo en su nº 1733, un abuso de la misma.

Al contrario de lo que sucede con el libertinaje, el ejercicio de la libertad para hacer el bien no solo es intrínsecamente bueno, sino que robustece la propia libertad, como precisa también el Catecismo

en el numero anteriormente citado: "En la medida en que el hombre hace más el bien, se va haciendo también más libre".

Cabría ahora preguntarse, dando un paso más, cual es la guía, el fundamento y fin de la libertad. Para un cristiano no ofrece duda, según las palabras de Nuestro Señor Jesucristo: "La verdad os hará libres" (Juan 8,32), la verdad es liberadora. Y la verdad no es otra que la propia persona de Jesús, también según sus propias palabras: "Yo soy el camino, la verdad y la vida".

Esta es la paradoja, o mejor dicho, una de las paradojas del cristianismo: elegir voluntariamente, vincularse indisolublemente, esclavizarse libremente a la persona de Jesucristo, es fuente verdadera de la liberación, o, por mejor decir, la verdadera fuente de la liberación.

No en vano la criatura más libre que ha existido, la única totalmente libre de pecado desde el instante mismo de su concepción y, por lo tanto, dotada de una libertad plena, se definió a sí misma como "la esclava del Señor" en el momento de la Anunciación.

Ese es también el sentido profundo de las palabras evangélicas de Nuestro Señor cuando nos insiste cariñosamente a venir a Él porque su yugo es suave y su carga ligera.

El estrecho vínculo entre libertad y liberación desde una perspectiva cristiana fue puesto de manifiesto en un extenso y profundo análisis llevado a cabo por la Congregación para la Doctrina de la Fe (presidida por el entonces Cardenal Ratzinger) en la Instrucción "*Libertatis conscientia*" de 22.III.1986.

En su apartado 3 ("La verdad nos libera") viene a precisar, de modo sintético, que Nuestro Señor Jesucristo ha llevado a cabo nuestra redención mediante la cruz y la resurrección y que precisamente la redención constituye nuestra liberación, en su sentido más pleno y profundo, ya que nos ha liberado de los males más radicales, que son el poder del pecado y de la muerte.

Influido probablemente por el momento navideño en el que escribo estas reflexiones, no puedo por menos de reseñar unas palabras del papa emérito Benedicto XVI, en el epílogo de su libro "La infancia de Jesús", en el que de modo tan hondo y tan lúcido analiza los episodios de la vida de Jesús, la Virgen María y San José en torno a la Navidad.

En el citado epílogo, titulado "Jesús en el templo a los doce años", expresa las realidades que he comentado anteriormente de un modo tan expresivo e inspirado que no me resisto a citar literalmente: "La libertad de Jesús no es la libertad del liberal. Es la libertad del Hijo y, por ese mismo motivo es también la libertad de quienes son verdaderamente piadosos.

Como Hijo, Jesús trae una nueva libertad, pero no la de alguien que no tiene compromiso alguno, sino la libertad de quien está totalmente unido a la voluntad del Padre y que ayuda a los hombres a alcanzar la libertad de la unión interior con Dios."

En otro capítulo de la citada obra, el Papa emérito, con una profundidad y sensibilidad inmensas, pone de manifiesto que la grandeza de la libertad humana es tal que vincula incluso al mismo Dios. Lo expresa Benedicto XVI de tal modo que la glosa o comentario de sus palabras desmerecería mucho de su propio decir, por lo que una vez más acudo a la literalidad de lo que expresa el Pontífice emérito en el Capítulo II del libro mencionado, en el apartado relativo a la Anunciación.

A título introductorio, recuerda Benedicto XVI a San Bernardo, mencionando que, en una homilía de Adviento, describe dramáticamente la emoción del momento en el que el universo entero aguarda expectante la decisión de María tras el anuncio del ángel Gabriel. Y añade: "Dios busca ahora una nueva entrada en el mundo. Llama a la puerta de María. Necesita la libertad humana. No puede redimir al hombre, creado libre, sin un "sí" libre de su voluntad. Al crear la libertad, Dios se ha hecho en cierto modo dependiente del hombre. Su poder está vinculado al "sí" no forzado de una persona humana."

Creo que no puede expresarse de modo más sublime y más certero la grandeza inmensa, casi podríamos decir infinita, de la libertad humana, que, a tenor de lo dicho, predetermina incluso la actuación de Dios, por lo que no cabe añadir nada a las palabras de Benedicto XVI, como broche de oro a estas breves reflexiones.

VI.- Libertad y libertinaje

Ignacio Maldonado Ramos
Notario

Esta tradicional dicotomía se ha usado generalmente para expresar la posibilidad de excesos en el uso de los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos. Al mismo fin gráfico sirven otras expresiones como "el único límite de mis derechos son los derechos de los demás" o "la libertad de un individuo acaba donde empieza la de los otros." En definitiva, se trata de reconocer que tales facultades, inherentes sin duda a la persona humana, han de ejercerse en un contexto social, reconociendo la coexistencia de diversas personas, y por tanto con la necesaria responsabilidad.

El término "libertinaje" fue de acepción común a partir del siglo XVIII, aunque su etimología es muy anterior. Inicialmente, se usaba para definir a los hijos de los libertos, es decir, de los esclavos manumitidos en la antigua Roma. Al carecer éstos de una sólida tradición familiar en las virtudes ciudadanas, en la que apoyarse en sus manifestaciones públicas, se suponía que eran propensos a exagerar su reciente condición de hombres libres, extralimitándose en su ejercicio. Por eso se les aplicaban ciertas restricciones (por ejemplo, en materia de sucesión hereditaria) y ello a pesar de que fueron libertos los primeros miembros de las cancillerías imperiales que, a partir de Augusto, organizaron con éxito la burocracia estatal.

En la edad moderna se retoma el adjetivo para referirlo a las personas que defienden el uso ilimitado de la libertad personal, hasta llegar a la depravación moral, bien sea mediante el goce de los placeres "mundanos" (sobre todo a partir de la Inglaterra de Carlos II), bien por medio de la literatura, más o menos de ficción (como Leclos o Casanova).

A partir de ahí se consagra la distinción entre la verdadera libertad, caracterizada por la responsabilidad de su ejercicio, y el libertinaje, como degeneración o corrupción de la anterior, al no reconocer límites. Así, fue empleada en el preámbulo de la ley de Prensa de Fraga de 1966, para tranquilizar a los sectores más inmovilistas del entonces régimen vigente. Se justificaban así los límites impuestos a la libertad de expresión no en los postulados políticos

de la época, sino en su posible mal uso por parte de personas malintencionadas o no suficientemente instruidas.

En la actualidad, los límites a los derechos fundamentales se entienden ínsitos en su misma naturaleza, y por tanto no parece necesario fundamentar las cortapisas a su ejercicio en un presunto empleo incorrecto por determinadas personas, a las que se les presume (como a los libertinos romanos) propensas necesariamente a un mal uso de dicha libertad. Sin embargo, de alguna manera podría decirse que esta concepción ha vuelto a ponerse de manifiesto en cierto movimiento político internacional, resucitando las cautelas ante la generalización del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, conocidos son los intentos por parte de ciertos gobernantes, integrados en el llamado eje bolivariano, de restringir la libertad de prensa en sus respectivos territorios, mediante la promulgación de leyes imperativas al respecto. Pues bien, cuando se les ha reprochado el atentado a la libertad de expresión que tales conductas comportan, las han justificado en la opacidad de la personalidad de los propietarios de los medios de difusión afectados, a los cuales presumen de ideologías conservadoras o, cuando menos, contrarias a sus postulados, lo cual entienden legitima sin más las políticas restrictivas por ellos implementadas. Es decir, el hecho de que una persona tenga unas convicciones contrarias a las de la filosofía de los gobernantes de turno le excluye de la posibilidad de sostener empresas periodísticas, bajo la presunción de que por fuerza ha de emplear mal esa libertad de expresión Se trataría así de auténticos *libertinos* en el clásico sentido del término, es decir, quienes abusan de la libertad concedida, para emplearla en fines depravados.

Ahora bien, prescindiendo de estas connotaciones políticas, que sólo sirven para contribuir a enterrar cada vez más la libertad de expresión, lo cierto es que la vinculación entre la libertad y la responsabilidad sigue estando vigente, al menos en el plano moral. O lo que es lo mismo, lo normal es considerar que repugna a todas las conciencias la idea de una libertad irresponsable. Así lo expresa la famosa anécdota del filósofo Víctor Frankl, cuando comentó que, además de la estatua de la Libertad de Nueva York, habría que erigir en Los Ángeles otra estatua a la Responsabilidad.

La conciencia de esa responsabilidad implica necesariamente asumir que existen límites al actuar libre, los cuales en realidad conforman la propia estructura del mismo "la libertad no es arbitraria ni egoísta", como dice la Doctrina Social de la Iglesia, *Comp*., nº. 113). Esos límites están desde antiguo reconocidos en la doctrina y en la legislación al respecto y formulados, con mejor o pero fortuna (como ya he tenido ocasión de comentar en este mismo foro) por la Jurisprudencia.

Pero en este punto conviene efectuar una importante distinción. Las exigencias del actuar libre y responsable no se corresponden del todo con la de los límites constitucionales o legales al ejercicio de los derechos civiles. Tales limitaciones forman parte del mismo concepto de las libertades públicas ("intrínsecas", como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001) y se fundamentan en las aplicaciones del principio de orden público. La libertad y sus límites forman así un arco, dentro del cual se van situando los derechos civiles según las épocas, criterios y situaciones. La libertad de prensa, por ejemplo, no debe tener, en caso de conflicto armado, la misma extensión que en situaciones de paz Por lo mismo, los derechos a la libre reunión han de ceder antes de provocar situaciones de escándalo molestas para los demás. Y el derecho a la intimidad está limitado por el de la difusión de noticias en prensa

En cambio, cuando se opina que los derechos han de ejercerse con responsabilidad se suele hacer referencia a una cuestión más moral o filosófica. Se trata de que el ciudadano restrinja voluntariamente sus actuaciones no por imposición legal, sino por convicción personal. Es decir, no se trata de que el propio individuo aprecie los peligros del ejercicio extralimitado de los derechos, autolimitándose en consecuencia, sino que a su conciencia aparece la

íntima conexión entre libertad y responsabilidad, y no ve otro modo de actuar que no sea asumiéndola.

En un principio podría pensarse que para poder desarrollar una conciencia de este tipo, sería preciso poseer ciertas cualidades personales. En buena medida esto se correspondería con las atribuciones que para los ciudadanos buscaban los modelos grecolatinos (*iustitia*, *virtus*, *dignitas*). Ahora bien, se entendía asimismo que no todos los hombres eran capaces de desarrollar esa concepción, lo cual justificaba el estigma aplicado a los descendientes de esclavos que antes comentaba.

Posteriormente, la evolución hacia la sociedad democrática estableció el énfasis en las posibles limitaciones a los derechos de los ciudadanos, como ya se ha visto, pero siempre dentro de la óptica más individualista posible. La reacción originada por los movimientos de corte socialista, a su vez, redujo las libertades en beneficio de la solidaridad, pero sin atribuir a ésta ningún valor trascendente. En la actualidad se ha impuesto la síntesis manifestada en la coexistencia de libertad y límites, reducidos éstos a lo que se ha denominado "ámbito intrínseco", como también hemos comentado antes. La insatisfacción originada por tales concepciones ha producido una fuerte crítica en los últimos tiempos, de la que es buen ejemplo la difusión de la obra del filósofo español Javier Gomá. Según él, existe una conciencia social a la que repugna el mero cumplimiento de las leyes y que demanda la observancia de cierta ética, incluso en la vida particular de cada uno, todo lo cual se encuentra, para él, en la noción de ejemplaridad, tanto pública como privada.

En cualquier caso, desde el cristianismo es evidente que la responsabilidad ínsita a la libertad es exigible a todo ser humano, con independencia de su educación o cultura o del ámbito público o privado de sus actuaciones. Como decía San Josemaría, de la libertad nace un santo sentido de la responsabilidad, que nos hace rectos, serenos y amigos de la verdad y nos aparta de los errores.

VII.- La actividad administrativa de policía

José Luis Viada Rubio
Abogado del Estado

1.- CONCEPTO DOCTRINAL

La actividad administrativa de policía forma parte de la clasificación de las funciones de la Administración pública como manifestación externa del poder público, u organización del mismo, y en concreto la que responde al criterio del efecto que sobre la libertad de acción los ciudadanos y de los derechos de los sujetos pasivos. Supone la función de imperio que ejerce por naturaleza la autoridad estatal. O como se ha dicho, de manera más precisa en un texto legal español de régimen local, la acción administrativa que se ejerce *cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas.*

Consiste, pues, en un actividad de limitación que restringe la libertad de los particulares, en aras de la consecución del interés general. Es la primigenia función del poder político, la que éste ha ejercido en todos los tiempos para ordenar la sociedad, como una función exigida por el mismo Derecho Natural, esto es, acometer el mal social que o bien surge en el seno de la misma sociedad humana gobernada (delitos o desordenes sociales, alteración del orden público, o de otro modo lesión individual o en grupo de bienes jurídicos protegidos), o bien porque llegase a aparecer como un ataque externo (caso de guerra o de agresión terrorista).

Se trata, como decimos, de una función o actividad natural del poder público en la medida en que el hombre, como ser social, precisa de la organización misma y de que esta sea regida, y, habida cuenta de su imperfección, eventualmente de manera coactiva.

Una vez se produce históricamente el surgimiento del Estado moderno, el ejercicio de ese poder estatal en que la actividad de policía consiste, trata de someterse formalmente a la ley. Se persigue que ese poder, connatural al hombre como ser social, se transforme o llegue a ser un *poder jurídico*. Digo que llegue a ser formalmente, porque el ejercicio del

poder público por los reyes o gobernantes absolutos o por sus Consejos, presupuesto el carácter teocéntrico de la sociedades, tanto de las Monarquías absolutas de la Edad Moderna como del poder monárquico o señorial y del imperial existente en los siglos de la Edad Media, trataba de ajustarse, sobre todo en las situaciones en que debían administrar justicia, a esa entendida participación de la ley divina en la sociedad humana, para regir los asuntos temporales.

No es justo, por tanto, ni acertado históricamente, decir que con anterioridad a la proposición o formulación por parte de los teóricos de la noción Estado de Derecho, surgido de la época contemporánea, el poder ejecutivo actuase en un plano o en el ámbito de la arbitrariedad por sistema. La arbitrariedad, en la frecuencia en que pudo de hecho aparecer, era considerada en sí misma un defecto de actuación, un algo asimismo reprobable, y punible sin duda quizá bajo otras premisas culturales.

El objetivo tras el advenimiento del pensamiento de la Ilustración y la revolución francesa, es adecuar la acción administrativa a las normas de derecho positivo. La Organización del poder en que el aparato ejecutivo de los reyes consistía, debía, para su válida y legítima actuación coactiva, invocar un precepto legal concreto, una norma positiva, que la amparase en su actuación.

Ahora bien, como elemento también común tanto a los siglos anteriores al dieciocho como al momento histórico en el que puede considerarse que surge el pensamiento o ciencia jurídica moderna, es decir al momento en el que nace el *derecho administrativo* propiamente dicho, los dos principales elementos de eficacia o instrumentos constitutivos, desde la perspectiva de la legitimación del ejercicio del poder público en un Estado de Derecho, y singularmente de la acción administrativa de policía han sido: por un lado, la teoría del monopolio de la fuerza legítima, la cual solo puede residir en el Estado como estructura política visible fruto del pacto social, y por otro, en la potestad jurisdiccional propia, y no tomada del poder judicial, como potestad propia originaria también del poder ejecutivo, instrumental para regir los asuntos que versen directamente sobre el orden público.

2.- FUNDAMENTO HISTÓRICO-DOCTRINAL DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL EJECUTIVO

Siguiendo principalmente a Hauriou, tenemos que la potestad de policía es ejercida exclusivamente, en sentido propio, por el poder ejecutivo; y su característica fundamental en cuanto que reconocida y otorgada positivamente por el ordenamiento jurídico, es que se trata de un poder el cual procede por sí mismo a la ejecución de su propias decisiones.

Desde la asunción de la función jurisdiccional por los tribunales de justicia, tras la separación de poderes y, en concreto, entre la función de juzgar y la de administrar, el poder ejecutivo ha asumido en tanto que reconocida dicha función de manera positiva por el ordenamiento, la potestad jurisdiccional (auténtica *iuris dictio* para el ámbito de su actividad natural o competencia, para los *negotii* específicos de su función asignada en el orden constitucional). Entre la jurisdicción de los tribunales y la propia del ejecutivo no hay más diferencia que la que resulta de las circunstancias y de los procedimientos: la decisión ejecutiva interviene preventivamente, con un objetivo de ordenación social y de mantenimiento del orden público, con un fin de policía en ese sentido precisamente; mientras que la potestad de decisión de los tribunales interviene *a posteriori*, en el seno de un litigio ya entablado formalmente y con un fin de justicia reparadora. Por ello también, los respectivos procedimientos son diversos, como consecuencia de lo dicho.

Tras el advenimiento del régimen administrativo, la autoridad ejecutiva ha asumido o mantenido, según la perspectiva desde la que intelectualmente se efectúe la consideración, tanto la potestad jurisdiccional como la de regulación o potestad normativa en su específico ámbito, el reglamentario, y para la gestión de los negocios públicos, propios de su esfera de competencia. La primera como un poder

auténticamente jurídico, de decidir qué es derecho al caso concreto, en desarrollo y puesta en práctica de su jurisdicción retenida.

Así, desde un punto de vista político debe apreciarse la primacía del poder ejecutivo, en cuanto que cabeza visible del conjunto de los órganos del Estado. Incluso hay una faceta dentro del ámbito de las relaciones propiamente jurídicas en la que esa preponderancia o primacía es asimismo manifiesta, en cuanto que ciertamente única: en el de las relaciones regidas por el Derecho internacional público; primacía que no puede desaparecer en el derecho constitucional interno a la hora o ante la tesitura de que éste venga a servir de cauce de recepción de las normas generales de aquél.

Así, la razón de ser de la potestad de policía no se justifica tan sólo por la necesidad de acometer o de remover obstáculos y peligros que atenten contra la paz y bienestar de los ciudadanos, el libre ejercicio de sus derechos y cumplimiento de su obligaciones legítimas, sino por la sola naturaleza del poder político como un poder de voluntad de mando autónoma.

Y en el plano del derecho internacional, el poder ejecutivo es un verdadero representante del Estado y de la nación, no un mero poder delegado, que sólo ejecutara las manifestaciones de voluntad de otro poder, de las del legislativo en la aplicación de las leyes formales, o de manera circunstancial y al caso concreto, las del poder judicial trasladadas en sentencias y demás resoluciones compulsorias conforme a lo que determinen las leyes de procedimiento.

La construcción jurídica surgida del período revolucionario, que reposa en el funcionamiento del Estado como gobierno por la ley, es decir, en la adecuación mediante decisiones ejecutivas particulares o individualizadas al acaso concreto de las leyes generales, sin otra alternativa de decisión legítima de un Gobierno en el campo de las decisiones políticas, es algo que resultaría, como construcción doctrinal, sólo aplicable a la Administración, pero no en todo caso en lo que al Gobierno político respecta. Las materias gubernamentales surgen bajo la presión de los acontecimientos, y siempre urgentes porque interesan a la unidad y a la preservación de la sociedad.

Como expresó el mismo Montesquieu, el poder ejecutivo es aquel poder que ejecuta las cosas: las leyes como proposiciones en abstracto y las sentencias en cuanto resoluciones concretas, pero afirma asimismo que en materia internacional, el poder del Gobierno es el primer y necesario, *a priori* el único, representante del Estado (francés, en el estudio de Montesquieu); y no puede ser en este campo un mero poder delegado en el orden constitucional. Cualquier decisión particular emanada de un Organismo internacional (a salvo cláusulas de supranacionalidad o de cesión de soberanía por los cauces previstos; p. ej., ley orgánica conforme a nuestro sistema constitucional: art. 93 de la Constitución) precisa del acto de recepción del Gobierno como único representante del Estado en su subjetividad internacional.

Es, por lo tanto, la potestad de policía de la Administración como brazo del gobierno, el primigenio o más antiguo poder del Estado, el poder sintético, del cual se han derivado los demás, y por ello en lo que es estrictamente la potestad de dirección política del Gobierno, debe llevarse a cabo como un poder o potestad autónoma respecto de los otros que integran el Estado.

3.- REFLEXIÓN DE FUTURO EN EL PLANO DEL ANÁLISIS TEÓRICO ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE RECICLAR LOS POSTULADOS QUE INFORMARON LA DOCTRINA CLÁSICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (GERBER, ALBRECHT, JELLINEK...)

La cuestión que queda para la reflexión es si, de cara al logro de una mayor eficacia administrativa, y, por lo tanto, mayores cotas de seguridad, lo que se traduce eventualmente en bienestar de la ciudadanía, el pleno enjuiciamiento de la actividad administrativa cuando esta se hubiera llevado a cabo en prevención inmediata de actuaciones contrarias al orden público y de las responsabilidades que de ello se puedan derivar, entendiendo por tal el

que alcanza o abarca no ya a la valoración de los hechos —aspecto fundamental de la actividad de enjuiciamiento—, sino incluso a la corrección de la prueba practicada en sede administrativa, si ello no ha conducido realmente a una actitud general de retraimiento de los órganos encargados de su aplicación, es decir, de los órganos administrativos competentes para la salvaguarda de la seguridad, con perjuicio general evidente.

Con independencia de la valoración que hoy día, desde la perspectiva jurídica del derecho reconocido por el art. 24 de la CE, nos merecieran esos presupuestos doctrinales de la teoría clásica, y dejando a un lado otros que *prima facie* no resultarían compatibles con dicho precepto constitucional, cabría no obstante, a efectos meramente especulativos, recopilar algunos de esos fundamentos doctrinales a fin de restaurar posibles conceptos, si acaso.

El primero sería el concepto de acto administrativo como declaración de voluntad que genera, hace surgir, un conjunto o haz de derechos y obligaciones dentro del ámbito de la norma, dentro del margen de apreciación que ésta le reconoce a la Administración como poder ordenador de la realidad económico-social, similar a lo que es la eficacia constitutiva del negocio jurídico en el ámbito del derecho privado, si bien como efecto de una voluntad unilateral, que actúa o singulariza la ley aplicable al caso concreto.

Paradójicamente, para la efectividad de decisiones administrativas de las que se predique dicha naturaleza jurídica, resulta preciso que la formación de la voluntad en que el acto consiste se encauce a través de un procedimiento que responda a un concepto formalista de tal; resultando fiscalizable el acto definitivo por defecto de procedimiento sólo si se advierte la ausencia del cumplimiento de trámites reglados, desterrando cualquier concepto espiritualista del procedimiento como institución.

Sin duda reconoce la ley el derecho a la audiencia en el seno del procedimiento de quienes pudieran considerarse como interesados en él, de acuerdo con esa misma normativa de procedimiento aplicable, si bien en el trámite específico establecido al efecto.

Exclusión de la revisión jurisdiccional en vía contenciosa de los actos discrecionales; todo lo más, aceptarse al idea de eventual revisión al objeto de valorar si hubiera acontecido desviación de poder, y a efectos en su caso de la sola anulación del acto impugnado, sin admisión de pretensiones de plena jurisdicción.

Compatibilidad de la revisión jurisdiccional con el previo y necesario análisis en sede administrativa que determine los hechos acaecidos sin posible revisión ulterior de éstos, de tal manera que lo que resultara objeto de fiscalización por parte de la jurisdicción fuese sólo la calificación jurídica efectuada por órganos administrativos creados a ese fin, actuando, por lo tanto éstos, como una suerte de jurisdicción retenida (o delegada en el seno mismo de la organización administrativa), y la fase jurisdiccional posterior, propiamente dicha, similar a una casación, en cuyo seno no es posible la revisión de la prueba practicada en instancia salvo en casos excepcionales, y legalmente tasados por la misma ley de procedimiento aplicable.

La legitimación para impugnar tanto en vía administrativa de recurso como en la posterior jurisdiccional, se concebía tan sólo en favor de quien resultase lesionado en su derecho subjetivo, conforme a la acepción técnica de este concepto, y para legitimación de mera anulación del acto, a favor de quien acreditase ostentar un interés no solo legítimo, sino además personal y directo en la anulación del acto impugnado.

En definitiva estas son algunas de los principios del derecho administrativo clásico, aplicables al enjuiciamiento de la actividad primigenia, de policía, de la Administración (y aun de toda actividad administrativa, en su época), si bien junto a otros principios ya más desfasados (como la exclusión de la revisión jurisdiccional de determinadas materias por ley, entre ellas la de ejecución de las sentencias, que no se consideraba ya una actividad judicial propiamente), que se exponen aquí a efectos de suscitar ahora la reflexión sobre su posible adecuación al menos en parte a los postulados constitucionales

actuales en relación con aspectos determinados de la actividad administrativa de policía, por ejemplo en lo referente a los limites del derecho de reunión, o de la seguridad colectiva en el cumplimiento de los servicios mínimos en casos de huelga en actividades básicas para la comunidad (basuras, transportes, abastecimientos o suministros básicos...) u otros ámbitos que conciernen al mantenimiento del orden en áreas donde la ciudadanía se ha visto más inerme, y donde es posible que la doctrina clásica pudiera servir de ayuda en la elaboración técnica de las normas.

VIII.- La tutela de los derechos y libertades

Santiago THOMÁS DE CARRANZA
Abogado

INTRODUCCIÓN: RECONOCIMIENTO Y SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La idea de la Constitución como una norma jurídica suprema cuya finalidad es limitar el poder del Estado mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades fundamentales que corresponden a todo hombre por su condición de tal, es uno de los principios básicos del constitucionalismo y del modelo liberal normativo de Constitución al que pertenece el texto constitucional español de 1978. Los derechos y libertades se configuran así como una de las "decisiones políticas fundamentales" de las que hablara Carl SCHMITT, es decir, como una de las decisiones básicas que fundamentan todo nuestro sistema constitucional. [1]

La Constitución Española de 1978 dedica el Capítulo II de su Título I (artículos 14 a 38) a los Derechos y Libertades Fundamentales, consagrando como tales, sin ánimo de ser exhaustivos, el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personales, a la libertad ideológica, religiosa, de expresión, de información, de enseñanza y de cátedra, de residencia y circulación, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la educación, el derecho de reunión, de asociación, de partici-

1 La Constitución Española se inscribe, aunque de forma tardía, en el movimiento constitucional que sigue a la segunda guerra mundial, especialmente en Alemania e Italia, que sensibilizadas por los horrores y por la perversión del ordenamiento jurídico operada por el nazismo, quieren garantizar la permanencia de los valores democráticos y el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. La decisión por la democracia, por el Estado Social de Derecho, por la indisoluble unidad de la Nación Española, por la monarquía parlamentaria, por el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, etc., constituyen las opciones básicas de las que partió todo el proceso constituyente español.

pación en los asuntos públicos y de acceso a las funciones y cargos públicos, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la libre sindicación y a la huelga, el derecho de petición, el derecho a la propiedad privada, etc. Tales derechos y libertades son concebidos por nuestra Constitución no como meros enunciados programáticos, sino como efectivas normas jurídicas que vinculan a todos los poderes públicos, los cuales tienen la obligación de respetarlos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud e impulsar su efectiva realización (artículo 9 CE). Y es que los derechos fundamentales no son un mero conjunto de derechos subjetivos de los ciudadanos dotados de una garantía privilegiada, sino que son expresión de los valores esenciales del ordenamiento constitucional (artículo 1.1 CE); son los derechos inviolables inherentes a todo ser humano por su condición de tal, que junto a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, constituyen el fundamento último de nuestro orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE). La Constitución Española de 1978, a través del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, configura el *status* jurídico de los ciudadanos no ya sólo como un ámbito de libertad (personal, política y económica) frente a todos (frente a la acción del Estado también) indispensable para su pleno desenvolvimiento como personas singulares que son, sino también como el fundamento y la finalidad misma de nuestro orden estatal.

Consciente de la importancia de los derechos y libertades fundamentales, y de que la vigencia y efectividad de los mismos va a depender en buena medida de las propias garantías que se establezcan para asegurar su debida protección, nuestra Carta Magna dedica el capítulo IV de su Título I a las garantías de las libertades y derechos fundamentales (artículos 53 y 54), aunque como veremos a continuación no son estas las únicas garantías que nuestro texto constitucional consagra.

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

A la vista de la regulación contenida en la Constitución, las garantías de los derechos y libertades fundamentales pueden ser clasificadas en tres grandes grupos: **(A)** Normativas, **(B**) Institucionales y **(C)** Jurisdiccionales.

A) Garantías Normativas:

1. Valor normativo de la Constitución. Aplicación y eficacia directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos y libertades fundamentales.

La primera de las garantías es, precisamente, el propio carácter normativo de la Constitución que no es una norma jurídica más, sino que es la primera de las normas del ordenamiento entero, la Ley Superior. En consonancia con esta superioridad de la norma constitucional, el artículo 9.1 de la Constitución consagra el carácter vinculante bilateral de la misma, señalando que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sometimiento éste que respecto de los derechos y libertades fundamentales contenidos en el Capítulo II del Título I (artículos 14 a 38) reitera y refuerza el artículo 53.1 CE, debiendo también señalar que tales derechos y libertades son directamente aplicables sin necesidad del intermedio de una ley. Es decir, los derechos y libertades fundamentales se configuran con eficacia normativa directa a partir de la propia Constitución, no siendo necesaria (aunque pueda resultar conveniente) la intervención previa del legislador (su desarrollo legislativo) para que los ciudadanos podamos ejercitarlos y hacerlos valer. Esta aplicabilidad directa de los derechos fundamentales constituye un elemento esencial de su efectividad, ya que su eficacia no se verá condicionada o limitada por la inactividad del legislador.[2]

2 El carácter normativo directo de los preceptos constituciona-

2. La reserva de ley y el respeto al "contenido esencial" de los derechos y libertades fundamentales. El Tribunal Constitucional y el control sobre la constitucionalidad de las leyes

La segunda de las garantías normativas es la "reserva de ley" que nuestra Constitución consagra en el artículo 53.1 señalando, respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución (artículos 14 a 38) que "Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)".

Tributaria de la filosofía ilustrada y liberal (especialmente Locke) y de la teoría democrática de la ley como expresión de la voluntad general (Rousseau), la doctrina de las materias reservadas a la ley impone que toda limitación en la esfera de los derechos y libertades fundamentales tenga que articularse a través de una ley, expresión de la voluntad popular mediante el mecanismo de la representación. Somos pues nosotros mismos, los titulares de esos derechos y libertades fundamentales, los que a través de la ley y del mecanismo de la representación acordamos su regulación y sus límites. El Poder Ejecutivo, sin el previo consentimiento de la ley, nada puede hacer en este terreno.

La reserva de ley que la Constitución Española de 1978 consagra en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales constituye pues una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, que desapodera al Poder Ejecutivo para el desarrollo de los mismos y cuyo significado ultimo no es otro que el de "(…) asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son lo reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (STC 83/1984, de 24 de julio).

Finalmente debe también señalarse en relación con esta garantía:

1. Que la norma constitucional impone al legislador un límite a la hora de regular estos derechos y libertades: el debido respeto al "contenido esencial" de los mismos, de tal suerte que el desconocimiento de este límite por parte del legislador será determinante de la inconstitucionalidad de ley dictada. A este respecto debe recordarse que según expresa el propio artículo 53.1, los derechos y libertades fundamentales *"se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)"*, es decir, a través del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley cuya competencia corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional. El control de la constitucionalidad de las leyes se configura así como una garantía esencial para la realización material de la Constitución como norma jurídica suprema, para garantizar de forma efectiva su supremacía con respecto a la Ley y las restantes normas del ordenamiento jurídico, que solo serán válidas en la medida en que respeten los preceptos constitucionales. También señalar que la remisión del artículo 53.1 al recurso de inconstitucionalidad del artículo 161 CE, no impide que el control de la constitucionalidad de las leyes que desarrollen o incidan sobre los derechos y libertades fundamentales pueda realizarse también a través de la cuestión de inconstitucionalidad que pueden plantear los órganos judiciales si consideran, en algún proceso, que

---

les reguladores de los derechos fundamentales ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones: "(…) vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 CE) (…) son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos" (STC 21/1981, de 15 de junio); "(…) los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo" (STC 39/1983, de 17 de mayo).

una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (artículo 163 CE).[3]

2. Que la reserva de ley alcanza también a la figura de los Decretos—Leyes, prohibiendo nuestra Constitución que tales normas del Ejecutivo puedan afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I (artículo 86.1 CE).[4]

3. Que respecto de los derechos y libertades fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (artículos 15 a 29 CE), nuestra Constitución añade la especialidad de la reserva de Ley Orgánica, que otorga un plus de garantía y estabilidad a la regulación al exigir que la aprobación, modificación o derogación de tales normas se realice por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto (artículo 81 CE). Esta exigencia de Ley Orgánica implica a su vez la prohibición de utilización en este ámbito de Decretos-Legislativos (artículo 82.1 CE) y excluye la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas.

3. La rigidez de las normas constitucionales. Los procedimientos de reforma constitucional

La última de las garantías normativas es la rigidez de las normas constitucionales, sometidas a un procedimiento de reforma regulado por la propia Constitución más agravado y difícil que el que se prevé para la reforma de las leyes ordinarias. Se trata de evitar así, como señalara Pedro DE VEGA, que los poderes constituidos (especialmente el Parlamento) puedan convertirse, *de facto*, en poder constituyente, de tal suerte que en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sea ésta la que se encuentre a merced de los vaivenes electorales y de las mayorías parlamentarias más o menos coyunturales. El procedimiento de reforma constitucional se configura así como un instrumento básico de garantía del carácter normativo y supremo de la propia Constitución.

Por otro lado, y respecto de los derechos y libertades fundamentales del Capítulo II, Sección 1ª del Título I (artículos 14 a 29), solo señalar que en plena consonancia con su importancia, nuestra Constitución sujeta la modificación de los mismos al procedimiento reforzado del artículo 168, que exige entre otros requisitos que la reforma, una vez aprobada por las Cortes Generales, sea ratificada por el pueblo español en referéndum, lo que sin lugar a dudas contribuye a su estabilidad y permanencia.

B. GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Aparte de las garantías normativas antes expuestas, en las que coincide la generalidad de la doctrina, algunos autores suelen también añadir como garantías institucionales al Defensor del Pueblo, alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración (art. 54

3 Con respecto a los particulares, tanto el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161 CE como la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE, pueden ser catalogados como una forma de tutela indirecta de los derechos fundamentales, por cuanto que no pueden ser puestos en marcha directamente por el particular que considere lesionado un derecho fundamental. El recurso del artículo 161 CE solo puede ser interpuesto por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, así como por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas Legislativas de las mismas para los casos en que una disposición normativa con rango de ley afecte a su ámbito de autonomía (artículos 162 CE y 32 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Por su parte, la cuestión de inconstitucionalidad sólo solo puede ser interpuesta por el juzgado o tribunal que esté conociendo del caso de que se trate (artículo 163 CE y 35 LOTC).

4 Debe recordarse, no obstante, la célebre sentencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la expropiación de Rumasa, permitiendo, a pesar de la literalidad del artículo 86 CE, la regulación de estos derechos mediante Decreto—Ley cuando el objeto de la norma no "afecte" a la regulación del régimen jurídico de un derecho fundamental, sino que se trate de una afectación singular (STC 111/1983 de 2 de diciembre). Como ha señalado Merino Merchán, esto constituye un claro ejemplo de la "fuerza expansiva" de la capacidad normativa del Poder Ejecutivo.

CE); y al Ministerio Fiscal, al que se le encomienda, entre otras misiones, la de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE).

C. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Examinadas las garantías normativas e institucionales, procede ahora examinar las garantías jurisdiccionales que constituyen, en mi opinión, la pieza fundamental del cuadro de garantías y mecanismos de control que el superior poder constituyente ha puesto a disposición de los ciudadanos a fin de que éstos puedan hacer valer sus derechos fundamentales frente a cualquier injerencia o violación que se produzca en los mismos, tanto frente a los demás particulares, como frente a la acción de los poderes públicos (especialmente frente a la Administración, instrumento de relación permanente entre el Estado—cuyos fines asume— y los ciudadanos).

La Constitución ofrece un triple modelo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales:

1) En primer término, el general del artículo 24.1 CE, que al consagrar a favor de todas las personas el derecho fundamental a obtener "la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales (…) sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión", está reconociendo a todos los ciudadanos y personas jurídicas, públicas y privadas, el derecho a recabar el auxilio judicial en defensa de sus derechos e intereses legítimos, entre los cuales se encuentran obviamente todos los derechos y libertades fundamentales sin excepción.

2) En segundo término, y respecto de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (artículos 14 a 29), el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad al que hace referencia el artículo 53.2 de la Constitución, que constituye un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales con respecto a la vía ordinaria del artículo 24.1 CE (STC 34/1988).[5]

3) Y, en tercer término, y respecto de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución (es decir, el principio de igualdad, los derechos y libertades de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución y el derecho a la objeción de conciencia), el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE) regulado en los artículo 41 y siguientes de la LOTC.

Lógicamente el análisis concreto de estas garantías excedería en mucho el limitado ámbito del presente artículo, razón por la cual nos limitaremos a realizar aquí una doble consideración:

En primer lugar, que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, deben ser los primeros garantes de los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos; así lo quiso el constituyente (artículos 24 y 53 CE) y así lo declara la propia Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 7). El propio Tribunal Constitucional ha destacado que la protección de los derechos corresponde primordialmente a los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial (STC 56/1982). En esta labor de garantía no podemos olvidar el principio de interpretación del ordenamiento en el sentido más favorable al ejercicio del disfrute de los derechos fundamentales y demás preceptos y principios constitucionales, principio que deriva del propio valor de la Constitución como norma suprema y que recoge de forma expresa el artículo 5 de la LOPJ con respecto a los Juzgados y Tribunales.

Y, en segundo lugar, que el recurso de amparo cuyo conocimiento y resolución corresponde al

5 La Constitución no regula un procedimiento específico a estos efectos, correspondiendo al legislador configurar este procedimiento preferente y sumario al que el artículo 53.2 se refiere. La realidad es que el legislador no ha optado por desarrollar en una única Ley el artículo 53.2, sino que ha optado por ubicar en cada Ley Procesal un procedimiento específico de tutela.

Tribunal Constitucional sigue siendo en mi opinión un instrumento eficaz para la debida protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Otra cosa, es la conveniencia de tratar de encontrar una vía que logre eliminar las contradicciones y tensiones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

REFLEXIONES FINALES: LIBERTAD Y SEGURIDAD ¿EL ESTADO PREVENTIVO?

La concepción de unos derechos y libertades fundamentales que aseguren frente a todos el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas libres y singulares que son y que a la vez permitan la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político, constituye hoy, como señalara García de Enterría, un dogma universal reconocido al más alto nivel político, religioso y cultural (Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950; Declaración *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, de 7 de diciembre de 1965; etc.). Y es que, como señalara Klauss STERN, en un Estado de Derecho, si realmente quiere ser reconocido como tal, la actividad estatal ha de dirigirse a la consecución de unos valores determinados, el más importante de los cuales es precisamente la garantía y protección de los derechos y libertades (personal y política) de los ciudadanos.

En mi opinión las dos principales funciones del Estado de Derecho son, precisamente, el reconocimiento y la garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos, tarea que obviamente no es fácil. Es evidente que el Estado de Derecho tiene que hacer frente a amenazas como el terrorismo o el crimen organizado que pueden suponer un reto para las tradicionales garantías constitucionales. Ante estas situaciones el Estado, responsable de la seguridad de los ciudadanos, podría, de buena fe (Razón de Estado) considerarse investido de poder para limitar las libertades de los ciudadanos en aras de una mayor seguridad pública; acabar convirtiéndose en lo que Stefan HUSTER denominó como el "Estado Preventivo", que justifica la imposición de limitaciones en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos ante riesgos meramente potenciales (piénsese por ejemplo, en el derecho fundamental a la libertad y secreto de las comunicaciones y el control que de las mimas permite hoy la tecnología existente).

La pregunta pues que debemos hacernos es la siguiente: ¿cuánta libertad estamos dispuestos a ceder a cambio de seguridad?; ¿en qué condiciones?

Siempre he considerado que los Estados democráticos deben ser especialmente fuertes a fin de que los derechos y libertades que garantizan no puedan ser utilizados por aquéllos que pretenden destruirlos.[6] Desde esta perspectiva, puedo entender y aceptar la imposición de límites (más allá de las situaciones de emergencia: alarma, excepción y sitio) cuando éstos estén debidamente justificados por el respeto debido a los derechos de los demás o por razones contrastadas de interés general. En cualquier caso, considero necesario el cumplimiento de una triple exigencia:

En primer término, que cualquier limitación en el ámbito de los derechos y libertades en aras de una mayor seguridad personal tiene que venir impuesta a través de una Ley, con luz y taquígrafos.

En segundo término, que el ejercicio de esas limitaciones por parte de los poderes públicos debe estar bajo la salvaguarda y control de los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. No deben existir ámbitos de actuación de los poderes públicos exentos de dicho control. La "Razón de Estado" no puede justificar la existencia de esferas de actuación inmunes al control judicial.

6 El caso español del entramado político de la banda terrorista ETA es un buen ejemplo del uso perverso de la libertad y de la democracia por aquéllos que solo pretenden destruirlas.

Y finalmente, que la aceptación por la ciudadanía de una mayor limitación de nuestros derechos y libertades a cambio de una mayor seguridad exige, como requisito previo y necesario, que los ciudadanos podamos confiar legítimamente en que los poderes públicos van a realizar un uso adecuado de dichas facultades o poderes. Esto exige, en mi opinión, superar el profundo nivel de desconfianza que muchos ciudadanos sentimos hacia la clase política dirigente. La falta de "liderazgo ético" de la clase política, su manifiesta falta de ejemplaridad (salvo honrosas excepciones), es la razón que en buena medida explica la profunda crisis institucional que padecemos y que, lógicamente, pone en cuestión los amplios poderes que por razones de eficacia e interés general les fueron en su día atribuidos. Y es que, como señala Javier Gomá en su obra sobre la *Ejemplaridad Pública*, "no basta con que cumplan la ley, han de ser ejemplares".[7]

7 La expresión "Liderazgo Ético" corresponde a Alfred Sonnenfeld, de su obra *"Liderazgo Ético"*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2012. Para el autor el liderazgo ético requiere honestidad y coherencia entre el ser y el actuar. La autoridad e influencia del verdadero líder, la que realmente es capaz de motivar, sólo se gana a base de servicio y sacrificio (pp. 55-74).

Con respecto a la ejemplaridad de la clase política, ver el libro de Javier Gomá, "Ejemplaridad Pública", Taurus Editorial, Madrid 2010. El autor distingue entre lo que los políticos hacen (coacción) y lo que realmente son (ejemplos), distinguiendo así dos formas de gobernar: produciendo leyes (coacción) o produciendo costumbres (ejemplos). Consecuentemente, Gomá interpreta la proliferación de leyes y la hiperregulación que caracterizan el mundo moderno como una señal de la preocupante ausencia en las instituciones de la política de hombres ejemplares. La inmoralidad de los gobernantes, dice el autor, difunde un ejemplo negativo que luego ellos mismos se ocupan de reprimir mediante leyes más severas y restrictivas de las libertades (pp. 259-274.).