

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MODELO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD PUBLICA

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

INTRODUCCION

Desde sus mismos orígenes, el Estado moderno se ha sustentado, en último término, en el aseguramiento y mantenimiento de la paz gracias al monopolio de la fuerza y la coacción.

Esta función esencial del Estado no ha dejado de crecer en importancia a lo largo del tiempo, si se tiene en cuenta que se trata de garantizar las condiciones mínimas externas de la convivencia que son presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad individual y del funcionamiento del cuerpo social (aspectos ambos de una misma realidad) en todas las dimensiones. En la actualidad es más esencial que nunca, precisamente por i) el pluralismo y la complejidad de la sociedad, que dificultan la determinación del orden mínimo de valores comunes de la convivencia pacífica, es decir, del orden público; ii) la conversión de la sociedad, además, en una «sociedad del riesgo» caracterizada por la superación del principio, que hasta entonces la había venido rigiendo, según el cual lo deseado es hacedero y lo no deseado es soslayable; y iii) la alteración de la tensión y, por tanto, el equilibrio entre el «cambio» y la «estabilidad», en el sentido de la entronización del cambio continuo y rápido, lo que vale decir de la coyunturalidad y la incertidumbre.

Estas transformaciones no han dejado de tener obviamente consecuencias para el Estado, en su triple carácter de Estado democrático, social y de Derecho. Estado, además, que hoy ha dejado de ser ya la instancia de referencia última y acotadora del espacio en el que se desenvuelve por entero la vida social y política relevante.

El Estado y el Derecho experimentan cada vez más una reducción a instrumento para la adaptación al cambio continuo y a la complejidad social. Han pasado a la condición de medios de dirección social y no sólo ni preferentemente de organización y control de situaciones y relaciones sociales y del tráfico de bienes, sino de la actuación de todo tipo de sujetos para la efectividad de los procesos sociales: un medio de en éstos de perturbaciones. Y ello en un contexto de quiebra del modelo de reparto de responsabilidades entre el propio Estado y el ciudadano y, en el seno de la sociedad, entre el empresario y el trabajador.

Algunas repercusiones sobre la estructura, la organización y el funcionamiento del Estado son visibles ya en la doble tendencia a la integración supranacional (transformación hacia la «estatalidad abierta»; expresión acuñada, para el Derecho público interno alemán, ya en 1964, por K. Vogel (1), y a la descentración territorial interna (transformación hacia la desagregación del poder constituido en una pluralidad de instancias). El sistema estatal, en cuanto sistema de poder público, deja, pues, de ser monolítico y monocéntrico (única centralidad) para ser complejo y policéntrico, dotado de un equilibrio precisado de renovación constante. Otras repercusiones, en la misma línea de la fragmentación del espacio político o público, están todavía fraguándose y lucen en algunas propuestas, sorprendentes desde el punto de vista de las categorías establecidas, como por ejemplo las de B. Wehner (2): desagregación del espacio político de debate y decisión hoy único (en cada una de las instancias del Estado) en diferentes espacios por ámbitos de problemas y cuestiones fundamentales y traslación de tal desagregación a la organización misma del poder público y, por tanto del Estado, desde la idea de que la diferencia de naturaleza de los problemas colectivos requiere formas de representación y ejercicio del poder distintas. Con el resultado, de aceptarse tales propuestas, del tránsito de un sistema de democracia unidimensional a otro de democracia pluridimensional.

En este orden de ideas, nuestro Estado, aunque ha acreditado una enorme capacidad de evolución, presenta un grado variable, según materias, de adaptación a los requeri-

mientos a los que hoy debe hacer frente. Uno de los aspectos en que es constatable un cierto o relativo retraso es precisamente, a pesar de su carácter básico para la convivencia, el de la seguridad y orden públicos. La razón de que así sea estriba sin duda tanto en nuestra historia, como en los términos de la construcción del Estado constitucional. Dejando de lado la sin duda importante influencia del factor representado por el militarismo tan presente en nuestra reciente historia (estudiado por M. Ballbé) (3), interesa aquí destacar más bien la prevalecida entre nosotros de un entendimiento del orden público como noción formal, interpretable y definible por y desde el poder, legitimado, a su vez, para su imposición unilateral y coactiva en la vida social. Esta circunstancia capital ha tenido como consecuencia más notable la percepción colectiva de la acción pública de seguridad, es decir, de mantenimiento del orden público como sujeta a un límite relevante jurídicamente y, por tanto, un control jurídico externo, es decir, judicial, únicos y últimos: los proporcionados, precisa y respectivamente, por la definición legal de lo ilícito penal y el orden jurisdiccional de lo criminal. Salvo el penal, pues, la referida acción se despliega normalmente en principio sin sujeción a ningún otro criterio jurídico anterior y más afinado de dirección y limitación. En particular, luce por su falta notable de desarrollo y aplicación generalizada el que, de otro lado, es connatural a la acción de policía del orden público en tanto que acción administrativa, sujeta por definición, toda ella, al principio de legalidad.

Los periodos constitucionales democráticos han sido, por ello, de intento (fallido) de instauración de una noción sustantiva o material de orden público. Los cuadernos robados y recuperados de M. Azaña se refieren justamente a uno de esos intentos: la concepción de la Ley de Orden Público como una de las tareas fundamentales de las primeras Cortes republicanas justamente para superar la desdichada Ley de Defensa de la República, cuya aplicación —obligada por inexistencia de otra mejor concebida— tantos problemas había provocado.

LA SEGURIDAD Y EL ORDEN PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El orden constitucional y las nociones de seguridad y orden públicos.

No puede, pues, sorprender que la Constitución de 1978 descansa sobre una noción material estricta de seguridad y orden públicos, condicionando así benéfica y desarrollando el desarrollo legislativo. Pero tampoco que, a pesar de ello, la noción formal históricamente arraigada siga teniendo, por su gran fuerza inercial, un peso en absoluto despreciable. Como resultado, la situación en la materia al día de hoy dista aún de ser la querida por y, en todo caso, la deducible de la norma fundamental.

La Constitución, desde la reclamación de normatividad y aplicación directa de la totalidad de su contenido dispositivo, define el Estado en su doble dimensión de organización-poder y ordenamiento jurídico, siendo la primera para la realización de la segunda. Y ésta, articulada sobre un orden sustantivo presidido por los derechos fundamentales y las libertades públicas —al mismo tiempo situaciones de poder individuales frente al Estado y principios constructivos objetivos del ordenamiento, como ha precisado el Tribunal Constitucional—, está dotada de sentido, es decir, es valorativa por tener estimativa, cabalmente la que le proporciona el bien jurídico principal que consagra: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de ésta en sociedad —respeto a la Ley y a los derechos de los demás—, que se declara, y esto es esencial aquí, fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Por ello mismo posee una lógica y estructura internas precisas, que expresa el artículo 53 CE: sus elementos (derechos calificados expresamente como fundamentales) más vinculados a la dignidad de la persona y, por tanto, a la personalidad individual tienen una especial consistencia frente a la acción del Estado y reclaman de éste fundamentalmente respeto y generación de las condiciones externas necesarias para su efectividad (no es casual, por tanto, que en el artículo 17 CE la libertad y la seguridad aparezcan relacionadas entre sí); por el contrario,

los más dependientes de las condiciones de vida en sociedad presentan una consistencia sustancialmente deferida al desarrollo constitucional y reclaman, por ello, una acción estatal positiva de configuración. En función de esta lógica, el contenido del orden sustantivo constitucional ofrece una gradación que va desde los derechos fundamentales y las libertades públicas que otorgan al ciudadano la que la doctrina alemana ha acuñado como «posición fundamental del ciudadano», pasando por los derechos y los deberes constitucionales dotados de contenido propio indisponible por el Estado, hasta los denominados «principios rectores de la política social y económica».

Asegurando al ciudadano, de forma efectiva, esa «posición fundamental» la norma fundamental ha quebrado la construcción puramente formal del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular, haciendo imposible la continuidad de la relación entre el poder público y, en concreto, el administrativo y el ciudadano como categoría única y monolítica, montada sobre el status subjetivo de uno y otro, es decir, la supra- e infraordenación. Porque ha hecho emerger el plano material o lo que es lo mismo las relaciones sustantivas con ocasión de y sobre las cuales se desarrolla y proyecta, respectivamente, la relación jurídico-pública. Es claro que este efecto ocurre básicamente a través de los derechos constitucionales y las libertades públicas o, lo que es lo mismo, la consagración como valor central de la libertad.

El orden político así definido implica unas nociones de seguridad y orden públicos acordes con el valor de la libertad, que —como, según conviene reiterar, se deduce sin más del artículo 17 CE— en modo alguno es incompatible con la seguridad.

La seguridad y el orden públicos como funciones políticas relevantes y fines de una acción administrativa especializada.

¿Qué son, pues, la seguridad y el orden públicos en la Constitución?

Se trata, por de pronto, de bienes y valores constitucionalmente protegidos (seguridad interior y exterior) que se corresponden con funciones políticas de gran relevancia y

demandan una específica y positiva acción estatal, teniendo por ello reflejo tanto en la parte sustantiva, como en la organizativa de la Constitución; y, en la segunda, no solo para establecer la primera asignación de la o las competencias en la materia (art. 149.1.29 CE), sino también para precisar que el ejercicio de ésta o éstas debe traducirse, por lo que se refiere a la seguridad interior o ciudadana, en una política pública con una clara e importante, podría decirse que primaria, dimensión administrativa. El artículo 104 CE se refiere expresamente a ella desde la perspectiva organizativa —las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado y su misión, es decir, su finalidad—, que aparece cabalmente encuadrada sistemáticamente en el complejo organizativo y funcional integrado por el Gobierno y la Administración. El propio precepto legal precisa, quizá innecesaria pero significativamente, la dependencia de esa organización del Gobierno y, por tanto, su pertenencia a la Administración por éste dirigida, cabalmente en su condición de director de la política interior y titular de la función ejecutiva (art. 97 CE).

En consecuencia, se impone también entre nosotros la distinción elemental, corriente en el contexto europeo, entre la acción de investigación y castigo de los delitos, de represión de los ilícitos penales, de un lado, y la acción de prevención y defensa frente a peligros y riesgos, de otro; la *Strafverfolgung* de la *Gefahrenabwehr*. Y se impone, porque la CE diferencia perfectamente las materias «penal» o «criminal» (arts. 120.2 y 149.1. CE) y de «seguridad pública» o «seguridad ciudadana» (arts. 104 y 149.1.29 CE), asignando la responsabilidad sobre ésta al complejo Gobierno-Administración, es decir, considerándola propia de la función ejecutiva, y partiendo, por el contrario, de la responsabilidad del poder judicial sobre la primera en tanto que requiere el ejercicio de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, sólo actuable por los Jueces y Tribunales, al implicar la libertad personal por suponer la posibilidad de una condena de privación de ésta (arts. 117, 120.2 y 125, en relación con el art. 25, todos CE). De ahí cabalmente i) la prohibición a la Administración pública, no obstante la legitimidad constitucional de la atribución a la misma de la potestad sancionadora, de la imposición de sanciones

que, directa o subsidiariamente, supongan privación de libertad; ii) el establecimiento de las garantías típicas penales con ocasión de la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La dependencia funcional de la «policía judicial» de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal (art. 126 CE) lejos de cuestionar confirma lo dicho. Pues presupone cabalmente la policía administrativa de seguridad, en su doble dimensión organizativa e institucional, intentando resolver el problema práctico que deriva de la natural pertenencia material a la función de juzgar (condenar) y ejecutar lo juzgado, que se inscribe en un poder constitucional independiente, de la tarea técnica o real previa de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Porque se trata de una pertenencia instrumental, que, con entera independencia de las diversas soluciones que puedan postularse por razones de conveniencia u oportunidad, no requiere inexcusablemente la incardinación de la «policía judicial» en el Ministerio Fiscal o, incluso, en el propio poder judicial.

La Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana (LoPSC) es, pues, congruente con la norma fundamental cuando se centra no tanto ni principalmente en la investigación y la persecución de las infracciones penales, cuanto en la prevención de peligros y riesgos y la represión de las perturbaciones de la seguridad y el orden públicos. Sin perjuicio obviamente de que la policía en sentido organizativo, es decir, la organización administrativa de prestación del servicio de seguridad ciudadana cumpla materialmente, además y bajo la dirección funcional del Ministerio Fiscal y del poder judicial, la tarea propia de policía judicial, es decir, la actividad así calificada por referirse a la función propia de Jueces y Tribunales.

En consecuencia, la seguridad y el orden públicos es el fin propio de una actividad administrativa, la de la policía en sentido estricto; actividad que, por su propio objeto —no existe verdadera libertad en ausencia de un mínimo de seguridad—, incide en el *status* del ciudadano presidido por dicho valor de la libertad. De donde se sigue que la actividad administrativa de que aquí se trata está lejos de ser incompatible con la libertad y que, por tanto, la

libertad personal no es inaccesible para aquella actividad o refractaria absolutamente a ella.

El arraigo de la concepción formal del orden público y la inercia tanto de la percepción, motivada históricamente, de la incidencia gubernamental-administrativa en la libertad como antidemocrática, cuanto de la consecuente identificación de Estado democrático de Derecho con monopolio judicial de la garantía de la libertad (en concreto la personal), están en la base de una difusa y no explícita tendencia a obviar la constante, necesaria e inevitable intervención policial administrativa en la libertad personal, a pesar de constituir una realidad cotidiana de bulto, con los peligros que ello comporta. Ya en el momento mismo de surgimiento en Europa del Estado constitucional de la mano de la revolución francesa, la Declaración de Derechos de 1789 dejó dicho (art. 12) que: «La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza pública es instituida para beneficio de todos y no para utilidad de aquellos a los que está confiada».

En una primera aproximación al fin de la actividad administrativa de policía de la seguridad pública o ciudadana sigue siendo válido hoy el concepto de orden público de nuestro administrativista clásico A. Posada (4): la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones.

Está implícito en este concepto que el orden a garantizar no es cualquiera, sino precisamente el requerido por orden jurídico, que el gran iuspublicista M. Hauriou (5) calificó como orden material y externo, estado de hecho opuesto al desorden, estado de paz opuesto al estado de perturbación. Orden que, para existir y ser efectivo, precisa, conforme al propio A. Posada y también a Santamaría, una acción administrativa concretada en medidas de prevención y de represión, con empleo de la coacción y de la sanción.

La clave del orden público radica, pues, en la idea de normalidad mínima. El riesgo (concretado en una situación de peligro) de actualización de una ruptura de esa normalidad y ésta misma, es decir, la perturbación de la normalidad son así las que legitiman la acción administrativa de policía. Esta es por ello necesari-

amente universal, en el sentido de no poderle ajena ningún ámbito de la realidad en el que sea posible que se manifieste un riesgo de perturbación del orden mínimo necesario para la vida colectiva; horizontal, en el sentido de transversal a cualquier otra actividad administrativa referida a concreto sector de la realidad; y consecuentemente subsidiaria de tales actividades administrativas específicas, en el sentido de no operar sino en caso de insuficiencia de las mismas para resolver los problemas propios del sector de que se trate.

A este concepto responde desde luego LoPSC, aunque aquí no sea posible desarrollar la argumentación precisa para fundamentar esta afirmación. Y así es porque no podía ser de otra manera, en la medida en que la Constitución establece y define, con la fuerza de una verdadera norma y precisamente la superior a todas dentro del ordenamiento estatal, un orden social sustantivo basado en la libertad y por ello esencialmente valorativo, cual se desprende ya de sus artículos 1.1 y 10.1 (conforme al cual la paz social se cifra en la dignidad y libertad de la persona dentro del respeto a los derechos de los demás y a la Ley). Tanto más tras nuestra incorporación a las Comunidades Europeas y la articulación de éstas en el marco institucional proporcionado por la Unión Europea, que remite su fundamento a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y Estado de Derecho, en cuanto *principios comunes a los Estados miembros* (art. 6 del Tratado de Unión Europea).

En consecuencia, puede decirse que, en nuestro ordenamiento, *la seguridad y el orden públicos son, al mismo tiempo, exigencias del orden jurídico y consecuencia de dicho orden*. Son exigencias del orden jurídico porque sin ellos no puede haber efectividad de las normas jurídicas, del ordenamiento jurídico en cuanto tal. Y son también al mismo tiempo consecuencia del orden jurídico, porque es éste el que los define y determina; más aún: el que los hace posibles, toda vez que no pueden existir una seguridad y un orden públicos verdaderos —en el sentido querido por la norma fundamental— sino en el marco del orden jurídico por ésta constituido y presidido.

La cuestión de la independencia del concepto de orden público a los efectos de la legitimación de la acción administrativa policial.

Alcanzado este punto surge la cuestión en modo alguno intrascendente o puramente teórica de la subsistencia o no, como concepto independiente del de seguridad pública o ciudadana, del de orden público. Cuestión ésta muy debatida desde siempre, en cuanto ligado históricamente el concepto al peligro de definición formal, por la sola voluntad de los órganos del Estado, de la normalidad a preservar.

Y, sin embargo, la noción continúa siendo no sólo útil, sino necesaria en el Estado democrático de Derecho. La prueba más clara de que así es la suministran los textos internacionales relativos a los derechos humanos y las libertades públicas:

- El artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 alude a la sujeción de las personas, en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de *la moral, el orden público y el bienestar general* en una sociedad democrática.

La amplitud de las limitaciones no puede ser, pues, mayor, incluyendo una referencia expresa no ya al orden público, sino a la moral pública. Pero debe tenerse en cuenta que se trata de un orden y una moral a definir de acuerdo con las características de una sociedad democrática, lo que quiere decir pluralista; precisión, que es obviamente clave.

- Y el artículo 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 autoriza las restricciones a los derechos y las libertades que sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, *la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito*, la protección de la salud o de la moral o la pro-

tección de los derechos y las libertades ajenos.

En este texto es observable la misma amplitud del ámbito de las restricciones posibles, si bien una mayor precisión en punto a su determinación gracias a la exigencia de su carácter necesario precisamente en una sociedad democrática. En él aparece más clara aún que en el texto universal anterior la independencia de los conceptos de seguridad pública y orden público y la referencia de ambos a una acción preferentemente preventiva.

La Constitución continúa empleando el concepto de orden público: así en sus artículos 16 y 21.2, es decir, en el contexto de los derechos fundamentales y las libertades públicas y para establecer sus límites. Son de destacar, en la línea del concepto de seguridad y orden públicos aquí sostenido, las expresiones que emplean ambos preceptos: la muy significativa de «orden público protegido por la Ley» en el primer caso y la no menos elocuente de «alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» en el segundo. Y dentro del bloque de la constitucionalidad, los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña (arts. 17. 1 y 13.2, respectivamente) emplean la expresión «protección de las personas y bienes y mantenimiento del orden público» al tratar de las correspondientes policías autónomas. Por no hablar de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, importante por razones obvias para los derechos fundamentales y las libertades públicas, que habla de «cualquier otro aspecto del orden público» (art. 13).

No puede sorprender, pues, que el Tribunal Constitucional parta de la independencia de los conceptos de seguridad y orden públicos, señalando que el primero es más restringido que el segundo (STC 33/1982, de 8 de junio), y defina éste, según la alusión que al mismo hace el artículo 21.2 CE, como un orden en sentido exclusivamente material (STC 66/1985, de 8 de mayo).

Puede entenderse así que en nuestro actual sistema constitucional:

- La seguridad ciudadana o pública es la relativa a la efectividad del orden jurídico,

es decir, al Estado como un todo y, por tanto, a sus instituciones y al funcionamiento de las mismas, así como a los derechos y bienes de los sujetos ordinarios o privados.

- El orden público alude mas bien a los comportamientos que, aún no estando reglados, son considerados por la conciencia colectiva como presupuesto mínimo indispensable para la convivencia ordenada. Se trata, como señala el Tribunal Constitucional, del orden mínimo en sentido material en lugares de tránsito público, que en modo alguno puede tenerse como sinónimo de respeto a los principios y valores incluso metajurídicos que estén en la base de la convivencia social.

La utilidad del orden público es evidente, si se tiene en cuenta la universalidad de la acción administrativa relativa a la seguridad y la consecuente imposibilidad de la previsión ex ante por el ordenamiento jurídico, siquiera con la necesaria precisión para una suficiente programación de la actividad de prevención de los peligros y de restablecimiento de la normalidad, de todos los supuestos de posible perturbación de la convivencia ordenada.

La policía como organización y acción administrativas relevantes para el orden de la libertad y los derechos y las libertades que de ella se derivan: sus consecuencias, en especial para la interpretación del artículo 17 CE.

La policía como organización y acción administrativas tienen en la Constitución asiento y perfil claros, en tanto que forman parte desde luego de la organización y la acción administrativas generales. Constitucionalmente hablando, pues, la policía de seguridad y orden públicos es Administración en el doble sentido subjetivo y objetivo. No es conforme con la norma fundamental, pues, su consideración como acción que puede definirse y desarrollarse en forma esencialmente libre hasta el único límite jurídicamente relevante de la ilicitud penal y sometida consecuentemente en principio sólo al control judicial criminal. Al igual que el resto de la actividad de la

Administración, la de policía en sentido estricto está sujeta en primer término y ante todo al estatuto que le imponen básicamente los artículos 103 y 106 CE, lo que quiere decir, en especial, que rigen para la misma los principios de legalidad (sometimiento pleno a la Ley y al Derecho) y eficacia, de un lado, y de control judicial y responsabilidad extracontractual, de otro, consagrados por dichos preceptos. La acción de policía de seguridad, pues, desde luego que ha de observar los límites que derivan de la ilicitud penal, pero ello no es en modo alguno suficiente para su regularidad: antes aún y primero ha de respetar los que resultan de la legalidad administrativa, sin por ello renunciar a ser eficaz.

Más concretamente: la policía de seguridad y orden públicos es una actividad administrativa que, conforme se ha adelantado, se desenvuelve en un campo con relevancia para los derechos fundamentales y las libertades públicas. Para cumplir su fin es inexcusable, en efecto, que opere incidiendo en la libertad y, por ende, en los derechos y las libertades en que aquélla se concreta, de suerte que en la relación jurídico-administrativa a que da lugar el ciudadano comparece y actúa siempre desde y en la «posición fundamental» que le asegura la norma fundamental. Se está ante una actividad que, por ello, se ofrece impregnada por completo de la tensión entre la libertad (las libertades) y sus límites y limitaciones legítimos, pues en el Estado de Derecho únicamente puede actuar correctamente para hacer efectivos estos últimos y así cumplir su misión de garantizar justamente la efectividad de todos los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos, muy particularmente de la libertad personal y la seguridad consagradas en el artículo 17 CE.

La inercia de las ideas antes aludidas y, en particular, la del monopolio judicial de la garantía de la libertad personal y la concepción predominantemente negativa de la libertad personal que aún prevalece entre nosotros, unidas a la afirmación por el Tribunal Constitucional de que en esta materia no son posibles mas que las dos situaciones de libertad y privación de libertad (STC 98/1986, 10 de julio), han venido confinando el artículo 17 CE al campo de lo penal o criminal. Como en su momento argumentó convincentemente el malogrado J.

García Morillo (6), esta confinación carece de verdadera base, sin embargo, en el precepto constitucional, por cuanto este refiere la privación de libertad a los casos y en la forma previstos en la Ley, es decir, en las Leyes. Es claro así que los casos de privación de libertad no se reducen al previsto en el propio artículo constitucional, por más que éste sea el arquetipo de tal situación y esté entregado al control judicial. Lo confirma la interpretación a la luz de los artículos 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ya citado, y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Y lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, para quien los supuestos de restricción o privación de libertad no se agotan en la modalidad de prisión, ni los títulos para restringir la libertad se reducen a la comisión de un hecho delictivo (STC 178/1985, de 19 de diciembre; pronunciamiento éste acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Ss. de 6 de noviembre de 1980, asunto Guzzrdi, y 28 de mayo de 1985, asunto Ashingdane).

Más allá de la controversia doctrinal a que ha dado lugar la afirmación del Tribunal Constitucional de la existencia en materia de libertad personal solo de dos situaciones, la de libertad y la de privación libertad, es evidente que la extrapolación de dicha afirmación conduce a una paradoja: el mayor garantismo de tal posición es meramente aparente, pues aquélla, no pudiendo hacer desaparecer las restricciones de la libertad distintas y menos intensas que la detención y la prisión, les priva de relevancia constitucional y, por tanto, de la protección dispensada por el artículo 17 CE (como, de otro lado, reconoce el propio Tribunal Constitucional: STC 22/1988, de 18 de febrero); consecuencia ésta, que es de todo punto de vista inaceptable. Sea como fuere, lo que no ofrece duda es la admisión constitucional de supuestos de restricción de la libertad distintos y de menor intensidad que la detención-prisión; supuestos en los que no juegan las garantías de los números 2, 3 y 4 del artículo 17 CE, sino las que establezcan las Leyes que los prevean y regulen, y que integramente justamente el campo en el que puede desplegarse la acción de la policía administrativa de seguridad y orden públicos.

El radio de acción del citado precepto constitucional es, así, más amplio que el penal, comprendiendo desde luego el de la materia administrativa de seguridad y orden públicos.

Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la relevancia para el orden de los derechos fundamentales y las libertades públicas, especialmente la libertad personal, de la actividad administrativa de policía comporta tres consecuencias básicas:

1ª La reserva a la Ley de la regulación de la intervención en la libertad (art. 53.1 CE), que es, además, absoluta (art. 17.1 CE) y además orgánica (art. 81.1 CE) cuando menos cuando de los casos y las formas de privación de la libertad se trata (en este sentido STC 140/1986, de 11 de noviembre).

2ª El cumplimiento del principio de legalidad por la acción policial requiere que toda intervención en la libertad i) tenga una suficiente cobertura en la Ley formal, en su caso orgánica; y ii) se mantenga dentro del supuesto de hecho habilitante y del alcance y demás condiciones tipificadas para la forma de restricción o privación de que se trate.

3ª La infracción por la acción policial de las garantías previstas legalmente para los supuestos de restricción o privación de libertad supone, dada la especificidad de la libertad personal (STC 140/1986, de 11 de noviembre), una lesión del contenido constitucionalmente declarado de la libertad personal y, por tanto, de la incursión por la actividad administrativa, cuando ésta sea jurídica, de un vicio de nulidad radical (art. 62.1, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero).

Queda dicho así que la actuación policial en modo alguno cae fuera del mecanismo general de legitimación de la administrativa: la atribución de potestades y la asignación de competencias. Ocurre que las características de la seguridad y el orden públicos y, en concreto, la imposibilidad de la previsión normativa de todos los supuestos de riesgo con peligro de perturbación de la normalidad mínima y, por tanto, de la consecuente programación legal, en los términos indicados, de la acción policial,

hacen necesario el recurso, junto a las habilitaciones específicas y tasadas, basadas en una densidad de regulación suficiente, a las habilitaciones genéricas, verdaderas cláusulas generales indeterminadas de mantenimiento de la seguridad y el orden públicos. Justamente esta circunstancia hace la importancia de la precisión de estos conceptos.

La LoPSC supera desde luego el test de cumplimiento de las exigencias comentadas, propias del Estado de Derecho. Como resulta de sus cuatro primeros artículos, acota el campo de la actuación legítima de la policía por relación al fin que le es propio, caracterizando ésta como primariamente preventiva y sólo secundariamente represiva, y cumple el cometido de la atribución de potestades y competencias, mediante normas, de diversa textura, que van desde la asignación de funciones hasta la de potestades en términos de habilitaciones tanto específicas (cuando la experiencia permite al legislador definir supuestos y consecuencias), como genéricas.

La importancia en el Derecho administrativo de la seguridad pública de los principios generales.

Cabalmente la apuntada dificultad de completa suficiente programación legal de la acción policial y la consecuente necesidad de recurso a la habilitación genérica conducen a la importancia en materia de seguridad y orden públicos de los principios generales del Derecho, de lo que sin duda es consciente la LoPSC que se preocupa de fijar algunos relativos a la relación tanto estatutaria funcionarial, como con el ciudadano. En el conjunto de estos principios, esenciales para la reducción de la discrecionalidad de la actuación policial, destacan sin duda los de oportunidad (respecto al sí y al cómo), posibilidad (respecto al contenido de lo ordenado), idoneidad (para la producción del efecto deseado, por razón de los medios a emplear) y, sobre todo, de proporcionalidad (con sus requerimientos sucesivos de menor incidencia posible, supuesta la necesidad de ésta; exclusión de consecuencias negativas desproporcionadas; y prohibición de exceso en la duración de la medida). Nuestra jurisprudencia está muy lejos aún de utilizar todos estos principios y, sobre todo, de

extraer de ellos todas las consecuencias necesarias.

La perspectiva del Estado de Derecho no agota los criterios de valoración jurídica de la acción policial. Siendo la normalidad mínima en que consiste el orden externo que proporciona seguridad para el correcto desenvolvimiento de la vida pública y social un estado fáctico del que depende, pues, la eficacia del orden jurídico, su mantenimiento reclama una acción positiva de la Administración, que, remitiendo al principio de Estado social, no es solo jurídica, sino en gran medida también técnica, real o material. En ella se hace especialmente relevante, pues, el criterio constitucional de la eficacia como medida de valoración jurídica, junto la de su legalidad y no incompatible con ella. Este criterio de valoración, muy en germen en nuestro sistema por lo que hace, en general, a la acción administrativa, lo está también, de forma acusada en la de carácter policial.

Los institutos básicos del Derecho administrativo de la seguridad pública; en particular, el riesgo y el peligro.

El instituto fundamental del Derecho de la seguridad y orden públicos en las situaciones ordinarias (en las extraordinarias lo es el de estado de necesidad, en el que ahora no se puede entrar) es sin duda el riesgo concretado, en su caso, en una situación de peligro. Y ello porque es éste el elemento que proporciona la clave para valorar la procedencia o no de la actuación policial y, en su caso, los términos en los que ésta deba tener lugar.

El de riesgo y, en su caso, peligro es desde luego un concepto legal (7) (está implícito a todo lo largo de la LoPSC), pero cuya elaboración ha de ser fundamentalmente doctrinal y jurisprudencial (de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y también penal) (8), del que, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado, en nuestro caso, lo necesario.

El riesgo, concretado en su caso en peligro, alude a una determinada fase en el desarrollo de un hecho potencialmente dañoso de derechos y bienes jurídicamente protegidos y, precisamente por ello, peligroso, dentro de la cual

deben ser posibles y legítimas, por ello, medidas administrativas de policía. El concepto aparece referido, pues, a una situación que, dejada su evolución al decurso espontáneo de los acontecimientos, debe conducir en tiempo previsible y con suficiente probabilidad, según el juicio perito policial basado en la experiencia, a otra situación productora o determinante de una lesión de concretos bienes jurídicos protegidos y en último término del orden público. La lesión debe ser relevante y debida a influencias externas contrarias a las normas, lo que permite distinguirla de las simples molestias o incomodidades y de las faltas de gusto o la mala educación (sin perjuicio de que Leyes concretas o especiales puedan incluir también las molestias apreciables en la categoría de riesgo o peligro). El requisito de la suficiente probabilidad de la actualización del riesgo y, por tanto, del peligro no implica ni certeza ni necesidad de que el daño ocurra. Basta con la mera probabilidad de su producción, pues de la defensa preventiva frente al peligro, es decir, de la dirigida a impedir que éste se actualice, se trata. La prognosis de probabilidad requiere, para ser correcta, que, según los hechos cognoscibles objetivamente, pueda contarse, aplicando las reglas de la experiencia, con la producción del daño. En todo caso se relativiza y adecúa a la amplitud del campo de aplicación del concepto de peligro a través de la fórmula «si-entonces»: cuanto mayor sea el potencial daño, tanto menores son las exigencias al pronóstico de probabilidad de su acaecimiento. La prognosis presenta un componente temporal importante: el relativo a la determinación de cómo se han presentado o, si se quiere, se presentan los hechos al tiempo mismo de la decisión sobre la actuación administrativa. Desde este punto de vista, la referida determinación debe ser tal que haya justificado poderse contar con el acaecimiento del daño. Por ello, el peligro de que éste se produzca no tiene que ser ciertamente inmediato, pero tampoco ha de estar excesivamente lejano.

En definitiva, toda intervención policial en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos requiere la existencia de un riesgo o amenaza en grado de peligro para la integridad de bienes relevantes protegidos por el ordenamiento jurídico. Siendo dicha intervención pri-

ariamente preventiva y sólo secundariamente restablecedora del orden y represiva, el expresado concepto determina el umbral mismo de la legitimidad de la actuación policial. Y ello, porque la comprobación de una situación de peligro de perturbación de la seguridad y el orden públicos implica, de suyo, la de la producción de una lesión de éstos *in statu nascendi* (9).

En modo alguno desmiente lo dicho el supuesto de peligro aparente, sino que antes al contrario –y en cuanto excepción– lo confirma. En él la valoración realizada en su momento para acometer la acción policial –en si misma correcta– se desvela *ex post* y a la luz de la ulterior evolución de los acontecimientos como incapaz de producir lesión alguna de bienes relevantes y, por tanto, haber legitimado debidamente dicha acción. A pesar de ello la actuación realizada debe continuar considerándose correcta, siempre que lo haya sido la valoración *ex ante* efectuada, porque lo decisivo es justamente esta última. Por ello mismo no sucede lo mismo en el caso del llamado peligro putativo, en el que la apreciación de la existencia de peligro descansa exclusivamente en una valoración subjetiva de las circunstancias (fundamentalmente por deficiencia de información), con la consecuencia de inexistencia de peligro tanto *ex ante* como *ex post* y, por tanto, la ilegalidad de la actuación que haya podido desarrollarse.

La acción policial precisa justificarse siempre, pues, en una previa y adecuada valoración de la situación de que se trate a fin de determinar si ésta es capaz de legitimarla. Esta valoración debe ser, a su vez, resultado de un análisis de los datos fácticos y de un pronóstico sobre la evolución de los acontecimientos y de la situación en que pueden desembocar caso de no intervención policial (por muy elementales y rápidos que tales procesos de análisis y prognosis puedan ser). El razonamiento al efecto seguido es, por definición, perfectamente reconstruible *ex post* y, por tanto, en sede judicial y con fines de control (lo que vale decir susceptible de un control de esta naturaleza). El criterio de medida de la corrección (en términos de conformidad a Derecho) a utilizar no es otro que el propio de una hipotética valoración de las mismas circunstancias por un funcionario de policía tipo,

es decir, con buena formación, experiencia y prudencia.

En todo caso, la aplicación del criterio así establecido ha de tener en cuenta que la probabilidad de actualización del peligro legítimamente abarca un amplio espectro, que va desde la simple posibilidad hasta la certeza. El grado de probabilidad y, por tanto, de previsibilidad en el que se alcanza efectivamente el umbral legítimamente depende, pues, de diversos factores y, muy en particular, de:

1º El tipo de peligro de que en cada caso se trate, que —según tiene establecido ya la jurisprudencia— debe ser, teniendo en cuenta su condición abstracta o concreta: i) real o actual (no meramente hipotético); ii) de entidad suficiente; iii) capaz para producir, de actualizarse, un daño grave a bienes jurídicos protegidos, incluso en grado de constituir un verdadero estado de necesidad o para la integridad física o la vida. Y además, desde la perspectiva temporal, puede ser mediato o inmediato e, incluso, inminente y extremo.

2º La conducta observada por los posibles perturbadores del orden.

3º El valor de los bienes amenazados y, por tanto, la pretensión de efectividad de su tutela.

Obvio resulta decir que cuando la situación que se ofrece a la policía no es de mero riesgo, incluso concretado ya en un peligro real, sino de perturbación efectiva del orden demandante de una acción que ya no es preventiva, sino restablecedora y represiva, los requerimientos de legitimación de la decisión de intervención son específicos y distintos.

Bastan las consideraciones precedentes para poner de relieve que las nociones de riesgo y peligro distan entre nosotros del estado de elaboración y del manejo y aplicación depurados que serían deseables. Lo mismo puede decirse de los restantes institutos básicos del Derecho administrativo de la seguridad pública que aquí, por razones obvias, sólo se pueden mencionar: el estado de necesidad, el destinatario de la acción de policía, la responsabilidad personal en calidad de perturbador, el tercero a la referida acción y

su deber de auxilio y colaboración, las habilitaciones legales específicas para acciones policiales típicas, etc.

Es ésta una situación que urge superar. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, al día de hoy y como consecuencia de la responsabilidad del Estado social en la sociedad del riesgo, la diversificación y la complejidad de éste comportan, paralelamente, la necesidad de una diversificación, mediante especialización, de la acción de policía preventiva y represiva. Basta para ello hacer referencia a la informática, las telecomunicaciones y el medio ambiente. Y también que la acción policial de tal Estado debe producirse, además de resolviendo la cuestión relativa a la imbricación material entre policía administrativa de seguridad y policía judicial de averiguación y represión del ilícito penal, teniendo en cuenta la construcción de aquél sobre una estatalidad al mismo tiempo abierta a la integración supranacional e internamente plural por articulada sobre instancias autónomas, con las consecuencias que de lo uno y de lo otro se siguen para la determinación de las nociones de seguridad y orden públicos y la organización y el desarrollo eficaces de la acción policial.

En esta materia, pues, aunque no esté, ni mucho menos, por hacer, si queda mucho por hacer.

NOTAS

(1) Klaus Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964.

(2) B. Wehner, *Nationalstaat, Solidarstaat, Effizienzstaat. Neue Staatsgrenzen für neue Staatstypen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1992. Véanse de este autor, también, *Die Katastrophen der Demokratie. Über die notwendige Neuordnung des politischen Verfahrens*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1992; y *Der Staat auf Bewährung. Über den Umgang mit einer erstarrten politischen Ordnung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1993.

(3) M. Ballbé, *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Alianza, 2.ª ed., Madrid, 1985.

(4) A. Posada, *Tratado de Derecho Administrativo. Según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, 2.ª ed. revisada, T. I. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.

(5) M. Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 7.ª ed., Recueil Sirey, París, 1911.

(6) J. García Morillo, *El derecho a la libertad personal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

(7) Incluso en el plano constitucional: véase el art. 21.2 CE.

(8) En doctrina establecida básicamente al hilo del conocimiento de supuestos de exigencia de responsabilidad por el uso de armas de fuego por los agentes policiales.

(9) P. J. Tettinger, *Besonderes Verwaltungsrecht. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht*, 3.ª ed. actualizada, C. F. Müller, Heidelberg, 1993.