

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 1050/09 Y SUS**

**ACUMULADOS 1.051/09 Y 1.052/09**

**DE DERECHO DE REUNION Ley 98**

**SENTENCIA NUMERO 580/09**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DOÑA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

En la Villa de BILBAO, a veintiuno de septiembre de dos mil nueve.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 1050/09 y sus acumulados 1.051/09 y 1.052/09 seguidos por el procedimiento especial de Derecho de Reunión, en el que se impugnan tres Resoluciones DE 04-09-09 la Dirección de la Ertzaintza del Departamento de Interior del Gobierno Vasco por la que se concretan los términos en los que se deben desarrollar las manifestaciones/concentraciones para los días 25, 28 y 29 de septiembre de 2009 en Arrasate-Mondragon.

Son partes en dicho recurso:

- Como recurrente DON IGNACIO GURRUCHAGA IÑURRITEGUI, representado por el Procurador DON ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA y dirigido por el Letrado DON ION USOBIAGA SOLOGAISTOA.

- Como demandada LA ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO (DEPARTAMENTO DE INTERIOR), representado y dirigido por EL LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO.

- Es parte igualmente EL MINISTERIO FISCAL.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA, Magistrado de esta Sala.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 9 de setiembre de 2009 tuvieron entrada en la Secretaría de esta la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia tres escritos en euskara del Procurador de los Tribunales Don Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina en representación de Don Iñaki Gurrutxaga Iñurritegui, interponiendo recursos contencioso-administrativos contra tres Resoluciones dictadas con fecha de 4 de Setiembre de 2.009 por la Dirección de la Ertzaintza del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, en todas las cuales se, *"concretan los términos en los que se debe desarrollar la manifestación/concentración reseñada en el encabezamiento"*, por referencia a las convocadas para los días 25, 28 y 29 de setiembre en la Calle Sebero Altube de Arrasate, de media hora de duración y bajo el lema, **"Etxean nahi ditugu"**, (Los queremos en casa). Tales recursos fueron registrados con los números 1.050/09, 1.051/09 y 1.052/09.

**SEGUNDO.-** Por Providencia de 9 de setiembre se tuvieron por interpuestos recursos Contencioso-Administrativos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por el procedimiento especial en materia de Derecho de Reunión y Manifestación; se tuvo por válida la comparecencia, con designación de Magistrados Ponentes, convocándose a las partes y al Ministerio Fiscal a una audiencia a celebrar el día 18 de Setiembre a partir de las 10,0 horas, recabándose el expediente administrativo, así como traducción al Servicio del TSJPV, a la mayor brevedad posible y siempre antes del día de la vista.

**TERCERO.-** Por Diligencia de Ordenación del pasado día 15, se tuvieron por presentados el referido expediente y la traducción, y en el día y hora señalados se celebró la vista pública para audiencia de las partes, con asistencia de las mismas, acordándose en primer lugar, previa audiencia al efecto de las mismas, la acumulación de los tres procesos al más antiguo, constanding después en el acta que obra unida a las presentes actuaciones el resumen de las intervenciones, íntegramente grabadas en soporte DVD.

**CUARTO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales, salvo el plazo para la tramitación del presente proceso, a que más adelante se hará referencia.

**QUINTO.-** Acumulados los recursos, actúa como Magistrado Ponente de la presente sentencia el Ilmo. Sr. Don Luis Javier Murgoitio Estefanía, que lo era de los autos más antiguos, y que expresa el parecer unánime de la Sala.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Las Resoluciones de 4 de Setiembre de 2.009 del Director de la Ertzaintza del Departamento de Interior del Gobierno Vasco que son objeto de revisión en este proceso acumulado seguido por los trámites especiales del artículo 122 de la LJCA 29/1.998, de 13 de Julio, a su propio tenor, *"concretan los términos en que se debe desarrollar la manifestación/concentración"*, en respuesta a las comunicaciones de la misma fecha de Don Iñaki Gurrutxaga Iñurritegui, referidas a convocatorias para los días 25, 28 y 29 de Setiembre en la Calle Sebero Altube, Avenida de Gipuzkoa, y Herriko Plaza de Arrasate, a desarrollar en silencio, de media hora de duración, y bajo el lema, **"Etxean nahi ditugu"**, (Los queremos en casa).

El dispositivo segundo de cada Resolución expresa que, *"en la manifestación/concentración, no podrán participar mediante anagramas o textos, organizaciones declaradas ilegales, ni utilizar anagramas o textos referentes a las mencionadas organizaciones, ni podrá realizarse alusión a organizaciones ilegales que supongan conductas ilícitas. Asimismo, durante la misma no se podrán utilizar pancartas, lemas o eslóganes en alusión directa a Instituciones y organizaciones, o personas que los representan, que supongan una amenaza o intimidación. Tampoco podrán exhibirse carteles o pancartas con textos y/o fotografías de presos de la organización terrorista ETA"*.

El apartado tercero, advierte que la no celebración en dichos términos dará lugar a la instrucción de actuaciones sancionadoras de la Ley de Seguridad Ciudadana, y/o a la suspensión en caso de apreciarse ilícitos penales, con apertura de atestado y remisión a la autoridad judicial.

En el escrito iniciador de los presentes recursos acumulados, junto con las alegaciones y argumentos complementarios expuestos en la audiencia pública celebrada, el recurrente plantea varias cuestiones impugnatorias, entre las que se antepone la de la invalidez de tales resoluciones por el hecho de haberse notificado fuera del plazo de 72 horas establecido por el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1.983, de 15 de Julio, a contar desde la comunicación prevista por el artículo 8°.

Se sostiene que, presentadas las comunicaciones el día 4, a las 15,20 Horas en la Comisaría de Bergara, la notificación se habría producido el día 7, en torno a las 19 horas, con empleo de plazo de más de 75 horas, y con infracción de dicha norma de plazos. Igualmente, el Tribunal habría demorado más de cuatro días la celebración de la vista desde la entrada del recurso el día 9 de Setiembre, y tal irregularidad procesal determinaría asimismo la invalidez de las resoluciones recurridas.

A este planteamiento vamos a referirnos con carácter previo en las siguientes consideraciones.

**SEGUNDO.-** Para acometer rigurosamente esa cuestión, en sus aspectos relativos a la resolución, y también a los recaentes sobre el ámbito meramente procesal, es introducción idónea la que nos

aporta la doctrina constitucional en torno a el problema en este mismo tipo de proceso.

Tanto la medular STC 66/1995, de 8 de mayo, F. 2, como otras posteriores que la reiteran, han destacado que el hecho de que la comunicación previa establecida en el art. 21.2 CE *«no constituya una solicitud de autorización y que la resolución gubernativa sea inmediatamente revisable en vía jurisdiccional no significa que en todo caso la extemporaneidad de la resolución produzca tan sólo una infracción de legalidad ordinaria, sino que puede entrañar una conculcación del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público con evidente relieve constitucional, de modo que el cumplimiento del plazo no es pues, ajeno al control jurisdiccional de la constitucionalidad de la medida prohibitiva y deberá aplicarse siempre que la resolución gubernativa sea extemporánea, como garantía del referido derecho fundamental.»*

Se añade que, *«ese retraso puede vulnerar el derecho consagrado en el art. 21 CE y tener, por tanto, trascendencia constitucional cuando, por ejemplo, responda a un ánimo dilatorio con el objetivo de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho o cuando impida que los órganos judiciales se pronuncien con anterioridad a la fecha de la concentración programada por los organizadores. Al respecto debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 9/1983 con el fin de garantizar la protección jurisdiccional de este derecho y el efectivo control de la decisión gubernativa por parte de los tribunales de justicia, ha establecido una estrecha vinculación entre el plazo previsto para adoptar la resolución gubernativa (art. 10) y el mecanismo especialmente acelerado de control judicial de la misma (art. 11), en relación con la Ley 62/1.978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (art. 7.6). La brevedad de los plazos para interponer recurso (cuarenta y ocho horas) y para dictar la resolución judicial (improrrogable de cinco días) permite que, en algunos casos, la decisión gubernativa prohibiendo una reunión en lugares de tránsito público o modificando alguna de las circunstancias de la convocatoria pueda ser objeto de recurso contencioso-administrativo y obtener la correspondiente resolución judicial revisora antes del día previsto para la celebración de la concentración. En tales supuestos no parece que pueda anudarse de forma necesaria y automática a la extemporaneidad, y a la consiguiente infracción legal, una vulneración del derecho de reunión».*

Es, por tanto, la privación de la garantía jurisdiccional, previa y preventiva al legítimo ejercicio del derecho de reunión, cuando la actuación judicial no deviene sanatoria, la que determina finalmente la vulneración de aquel derecho fundamental.

En el presente caso puede decirse ya que tal vulneración no se puede tener por concurrente. Si ya es insostenible que un hipotético retraso de tres horas en notificar la Resolución gubernativa pueda revelar algún ánimo dilatorio o impeditivo del ejercicio de la garantía jurisdiccional, menos lo hace cuando, como aquí ocurre, desde el día 7 hasta el 25, 28 y 29 de Setiembre, mediaban márgenes más que holgados para que pudiese llegarse a conocer en sede jurisdiccional de la validez de las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho. Pero tampoco el nominal exceso de plazo de cuatro días del artículo 122 LJCA que el órgano jurisdiccional ha empleado para conocer del asunto y dictar sentencia, ofrece consecuencia alguna lesiva o de indefensión para el interesado. En efecto, la convocatoria de la audiencia pública para el día 18, no impide que la sentencia sea publicada y tenga efectividad varios días antes de la celebración de la primera de las concentraciones, y si el Tribunal ha arbitrado una fecha más demorada para resolver que la que cabe estrictamente en dicho precepto, dentro de las cargas que pesan sobre él, lo ha sido en atención a la amplitud de esos márgenes temporales en el caso y a la conveniencia procesal de garantizar la plenitud de elementos de debate y juicio, como lo es la traducción oficial de los textos

en lengua cooficial.

**TERCERO.-** El artículo 21.1 de la CE reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, y **"el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa"**. Ha insistido hasta la saciedad el TC en que, "el deber de comunicación no constituye una solicitud de autorización, ya que el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal (SSTC 59/1990, de 29 de marzo, F. 5; 66/1995, de 8 de mayo, F. 2), «sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros» (STC 66/1995, F. 2)."

Luego, en su apartado 2, el art. 21 establece que en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, *"que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes."*

El artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de reunión, en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril, señala que *"si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación"*.

El contenido esencial del artículo 21.1 de la Constitución ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus conocidas sentencias números 36/1982, 55/1988, 59/1990, 66/1995, 42/2000, 195/2003, 124/2.005, 110/2.006 ó 163/2.006.

A este efecto, interpreta el Tribunal Constitucional, que al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión y manifestación pacífica y sin armas, no es un derecho absoluto o ilimitado ya que el artículo 21 establece explícitamente que el ejercicio de ese derecho fundamental no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes.

Esto significa que para que pueda prohibirse (o alterarse las condiciones tiempo, lugar o recorrido) una concentración no basta la mera sospecha o la mera posibilidad de que en esa concentración se vaya a producir una situación de alteración del orden público, sino que la Administración debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso.

Por ello, en el ámbito del indicado derecho fundamental reitera la jurisprudencia constitucional y ordinaria la imposibilidad de que se empleen controles de oportunidad política respecto de las ideas y reivindicaciones que pretenden expresarse, ni aún juicios en los que se emplee como dirimente el canon del sistema de valores que cimentan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado.

La singular intervención que cumple a la autoridad gubernativa en materia de Derecho fundamental de Reunión y manifestación, como corolario de un régimen de libertad que no precisa

autorización y si tan solo comunicación previa, repercute asimismo en el objeto del proceso contencioso-administrativo en el que nos encontramos, pues el artículo 122.1 LJCA solo concibe dicho proceso para el caso de prohibición o de propuesta de modificación, y la decisión judicial que recaiga solo puede, **"mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas"**.

En consecuencia no está facultado el Tribunal Contencioso-Administrativo;

1).- Ni para prohibir por sí reuniones o manifestaciones que no han sido prohibidas por la autoridad gubernativa, ni para introducir modificaciones o alterar las ya propuestas por la citada autoridad.

2).- Tampoco para **"autorizar"** reuniones o manifestaciones prohibidas (o no prohibidas) por dicha autoridad. O confirma o revoca la prohibición o las modificaciones, pero nunca cabe hablar de autorización, sea gubernativa, sea judicial.

3).- Igualmente, no nos cabe pronunciarnos sobre la ilicitud administrativa o penal de la reunión. En este ámbito cabría diferenciar dos situaciones;

A) Ilicitud penal determinante de prohibición gubernativa.

Como ha dicho muy recientemente la Sala de Vacaciones de este Tribunal Superior de Justicia en sentencia de 19 de Agosto de este año, Rec. 959/2.009; "Hemos recordado en anterior ocasión (sentencia nº 210/2.001, de 21 de febrero, recaída en el proceso contencioso-administrativo nº 386/2001) que el artículo 4.1 de nuestra Ley Jurisdiccional 29/1998 (en relación con el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) desapodera a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para efectuar en este proceso ningún género de pronunciamiento prejudicial respecto de la eventual ilicitud penal de la manifestación comunicada a la autoridad gubernativa. La genérica prohibición de pronunciamientos prejudiciales sobre cuestiones penales se proyecta de manera reforzada en el ámbito de la protección jurisdiccional del derecho de reunión: en efecto, por prescripción del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 9/1983, las reuniones y manifestaciones tipificadas como ilícitas por el Código Penal quedan conceptualmente excluidas del ámbito de la regulación orgánica del derecho de reunión y, por tanto, no pueden ser tenidas como expresión del ejercicio de dicho derecho fundamental; con la lógica salvedad de las manifestaciones ilícitas que sean consecuencia de otras que, en razón de su apariencia lícita, sigan el curso legal previsto por la Ley Orgánica 9/1983.

Y, a este mismo efecto, en la sentencia dictada con fecha de 4 de marzo de 2.002 por la Sala Tercera-Sección 7 del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación en interés de la Ley nº 2.079/2001, se tiene fijada como doctrina legal que *"En aplicación conjunta de los artículos 5) y 10) de la LO 9/1.983, reguladora del derecho de reunión, la autoridad gubernativa tiene la facultad de prohibir una manifestación si estima razonadamente que concurren indicios de que pueda ser constitutiva de delito y como tal potencialmente generadora de alteraciones del orden público, con peligro para las persona o bienes."*

B) Ilicitud penal sin previa prohibición gubernativa, o lo que es lo mismo, el supuesto de ilicitud sobrevenida previsto por el ya aludido artículo 5º de la Ley Orgánica 9/1.983, a cuyo tenor la autoridad gubernativa suspenderá y en su caso disolverá las reuniones y manifestaciones que se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales, -arts 513 y 514 CP-, o cuando se

produzcan alteraciones de orden público con peligro para personas o bienes. En este supuesto, obvio resulta que, faltando la prohibición, el proceso contencioso-administrativo del artículo 122 LJCA no habrá podido darse, y que el control y sanción de esas conductas ilícitas se ejercerá al margen de los supuestos competenciales del Derecho fundamental del artículo 21 CE, por el orden penal, o por la autoridad administrativa a la que corresponda la aplicación de la Ley de Seguridad Ciudadana 1/1.992, de 21 de Febrero, -artículo 23. c) y d)-.

**CUARTO.-** Las resoluciones del Departamento de Interior del Gobierno Vasco de 4 de Setiembre de 2.009, no prohíben las manifestaciones y concentraciones comunicadas por el convocante para los días 25, 28 y 29 de este mes en la localidad de Arrasate. Tampoco hacen ninguna de las propuestas de modificación que tienen expresión en la Ley Orgánica reguladora del derecho fundamental, referidas a *fecha, lugar, duración o itinerario*. En ello se fundamenta la tesis de invalidez de las mismas que expone la parte recurrente en este proceso.

Pero hay que tener en cuenta que, al margen de esos supuestos legalmente tasados de alteración o modificación gubernativa que recogen el artículo 21.2 CE y el artículo 10 de la L.O 9/1.983, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, -y sirva para ello la cita de la STC 195/2.003, de 27 de Octubre, ampliamente glosada en la vista de este asunto-, ha formulado un enfoque más amplio acerca de esos límites, al decir que;

"En lo concerniente a los límites del derecho de reunión hemos de reiterar lo que este Tribunal tiene declarado con carácter general sobre el alcance los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de *manera mediata o indirecta se infieran de la misma*, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales (art. 10.1 CE y STC 14/2003, de 28 de enero, F. 9 y las que allí se citan),.....". aunque al mismo tiempo deba tenerse en cuenta que las limitaciones que se establezcan *no pueden ser absolutas* (STC 20/1990, de 15 de febrero, F. 5), *ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable* (STC 53/1986, de 5 de mayo, F. 3), pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos ( SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F. 6; 254/1988, de 23 de enero, F. 3; 3/1997, de 13 de enero, F. 6).

Reitera con ello el Tribunal Constitucional, su STC 42/2000, de 14 de febrero, que el derecho de reunión «no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites (SSTC 2/1982, de 29 de enero, F. 5; 36/1982, de 16 de junio, 59/1990, de 29 de marzo, FF. 5 y 7; 66/1995, F. 3, entre otras), entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE -alteración del orden público con peligro para personas y bienes-, **"como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales» (F. 2), lo que también se deduce del art. 10.1 CE. "**

Por tanto, en los casos en los que existan «razones fundadas» que lleven a pensar que los límites antes señalados no van a ser respetados, la autoridad competente puede exigir que la concentración se lleve a cabo de forma respetuosa con dichos límites constitucionales, o incluso, si no existe modo alguno de asegurar que el ejercicio de este derecho los respete, puede prohibirlo.

Ahora bien, "para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente, en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución."

Esa formulación de la doctrina constitucional ha sido acogida por esta misma Sala, en sus diversas Secciones, en ocasiones precedentes, como son las del Recurso 907/2.008, (S. de 28 de Marzo de 2.008 de la Sección 3ª), o la dictada el 11 de Abril de 2.009 en el Recurso 537/09, de esta misma Sección 1ª, entre otras.

La consecuencia es que, desde el plano de la apreciación jurídico-formal inmediata, y dejando para enseguida el examen de su sustancial acomodación al Derecho fundamental del artículo 21 CE, el solo hecho de que las Resoluciones del Director de la Ertzaintza contengan "*concreciones*", determinaciones o límites y prohibiciones específicas en torno al desarrollo de las concentraciones programadas, no constituye, tal y como pretende el recurrente, la vulneración del derecho fundamental por mero contraste con la dicción literal del artículo 10 de la Ley Orgánica, siempre según la interpretación constitucional que nos vincula.

**QUINTO.-** En el presente caso, y como más arriba se ha detallado, el ordinal segundo de las Resoluciones contiene una serie de limitaciones o modalizaciones para el desarrollo de las concentraciones de los días 25, 28 y 29 de Setiembre, varias de las cuales no han sido materia de específica atención impugnatoria por parte del recurrente Sr. Gurrutxaga, y que, sin serlo ni poderse entrar en su detalle, parecen presentarse no tanto como verdaderos condicionamientos particulares de dichas reuniones en lugar público, sino como advertencias generales de eventual ilicitud administrativa y penal, que se inscriben en la lógica legítima del artículo 5º de la Ley Orgánica 9/1.983, al que antes nos hemos referido, apuntando al desarrollo sobrevenido de las reuniones y concentraciones.

La directriz del recurso nos remite en cambio al punto que indica que no podrán, **"exhibirse carteles o pancartas con textos y/o fotografías de presos de la organización terrorista ETA"**.

Proclama el recurso la arbitrariedad e infracción del Derecho constitucional del artículo 21 CE, que supone tal medida en alusión al empleo por los concentrados de unos carteles, tipo "*sandwich*", que en la parte delantera portarían la fotografía del preso, y en la parte trasera el lema de la concentración, "*Etxean nahi ditugu*", alusivo al motivo reivindicativo de las concentraciones, que es exclusivamente el de denunciar la política penitenciaria de dispersión que afecta a tales presos, expresada desde el ámbito de una asociación legalizada, -Etxerat-, formada por familiares y allegados de aquellos, y circunscrita a la situación de los presos de la localidad de Arrasate donde se celebran. Se incide intensamente en la idea de que esas concentraciones silenciosas llevan veinte años ininterrumpidos llevándose a cabo en Arrasate, bajo el mismo lema y protagonismo, sin obstáculos gubernativos y sin derivarse problemas de orden público, y que desde hace cinco años se realizan ya todos los viernes en el mismo lugar de Sebero Altube. Igualmente se rechaza, por razón

de la reivindicación que la exhibición de fotografías y carteles expresa, que pueda ocasionar la menor infracción del artículo 4º de la LPV 4/2.008, de 19 de Junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo.

Tanto la representación del Gobierno Vasco, como el Ministerio Fiscal, se refieren, en sentido opuesto, a la significación ofensiva o de menosprecio a las víctimas que tal exhibición conlleva, tratándose como se trata de presos de ETA, lo que ha determinado la ilicitud penal en muchas ocasiones, (aunque no afirmadamente en la sucesión de concentraciones públicas de Arrasate), y se aduce que, independientemente de que a lo largo de todos esos años se hayan desarrollado en forma igual, nada de ello desdice la evolución de la conciencia social y de la legalidad al respecto.

Para abordar este problema crucial, vaya por delante que el mencionado artículo 4, bajo epígrafe de Dignidad, establece que;

"Los poderes públicos vascos velarán para que las víctimas sean tratadas con respeto a sus derechos. Para ello:

a) Adoptarán las medidas oportunas, en el ámbito de sus atribuciones, para que los procedimientos judiciales y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a nuevos procesos traumáticos.

b) Adoptarán medidas apropiadas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico y la intimidad de las víctimas y sus familiares y, en particular, *para prevenir y evitar la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación del terrorismo, homenaje o concesión pública de distinciones a los terroristas, y actuarán de manera especial contra las pintadas y carteles de tal índole*, y, en su caso, investigarán aquellos que puedan ser constitutivos de infracción penal, quedando abierta la posibilidad del ejercicio de la acción popular por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la defensa de este derecho."

Lo primero que salta a la vista es que las medidas que los poderes públicos se comprometen a adoptar se refieren a conductas que revisten casi total coincidencia con supuestos que son materia de persecución penal actual en base al artículo 578 del Código penal, en redacción dada por Ley 7/2.000, de 22 de Diciembre, respecto de enaltecimiento del terrorismo y delitos contra las víctimas del terrorismo. Nada tiene la Sala que pronunciar al respecto, por lo que ya ha definido *ut supra* en relación con su cometido jurisdiccional, y nos basta con remitirnos a las consideraciones ya realizadas sobre el régimen de concurrencia de ilicitud penal inicial o sobrevenido en las reuniones públicas de conformidad con los arts 1.3, 5 y 10 de la L.O. y la Jurisprudencia. Queda por tanto fuera de toda contemplación y examen la posibilidad de que, al margen de la facultad gubernativa que en este proceso se revisa, -que es la del artículo 21.2 CE-, las concentraciones que son objeto de las Resoluciones impugnadas lleguen a ser consideradas en su momento o por su desarrollo como constitutivas de infracción penal.

Sin embargo, la perspectiva que la Administración demandada ofrece no es la de ilicitud penal, que solo queda genéricamente citada respecto de otros supuestos en que las exhibiciones fotográficas se hayan producido, sino la de hacer derivar directamente la prohibición de los instrumentos de expresión que los concentrados de Arrasate han utilizado antes, (y que se

propondrían utilizar igualmente en las nuevas reuniones, según resulta indefectiblemente de los términos de la controversia procesal), del citado precepto de la Ley Vasca 4/2.008 de protección a las víctimas del terrorismo.

En esa lógica, los bienes jurídicos y derechos fundamentales a que tal ley se atempera no son de propia acuñación, sino que remiten a los valores y derechos constitucionales que puedan ser lesionados, -como límite último del Derecho de reunión-, y en el contexto en el que las concentraciones se convocan, comunican, y por larga experiencia, al parecer, se han desarrollado, no parece suficientemente fundado que la facultad que a los titulares del derecho del art. 21.1 CE, corresponde de decidir libremente acerca de cuáles han de ser los instrumentos o vehículos materiales a través de los cuales tratan de hacer llegar su mensaje a los destinatarios, pueda quedar restringida por la sola circunstancia, -que aparece aquí descontextualizada y apriorística-, de que se vayan a exhibir fotografías de los presos de ETA del lugar para los que reivindican los participantes un trato penitenciario distinto.

Como dice el TC, "La posibilidad de emitir en el momento de la reunión mensajes escritos o verbales -amplificados por megafonía o no- por parte de los titulares del derecho de reunión es inescindible de éste, por lo que cualquier prohibición, limitación o imposición gubernativa sobre este punto ha de incidir de modo ineludible sobre el derecho de reunión, y ello con independencia de que, como en el caso, la imposición no afecte a la fecha, lugar, duración o itinerario de la manifestación. Lo cierto es que al fin de la emisión o intercambio de ideas, mensajes, reivindicaciones, aspiraciones, denuncias o adhesiones entre manifestantes y ciudadanos son imaginables una multiplicidad de medios materiales. Su libre utilización, siempre que no suponga una desnaturalización del contenido del derecho fundamental y a salvo los límites constitucionales a los que hemos hecho referencia y que inmediatamente analizaremos, debe considerarse amparada igualmente por el derecho del art. 21.1 CE."

Ya hemos incluido anteriormente la pertinente cita constitucional de que, "... al mismo tiempo deba tenerse en cuenta que las limitaciones que se establezcan *no pueden ser absolutas* (STC 20/1990, de 15 de febrero, F. 5), *ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable* (STC 53/1986, de 5 de mayo, F. 3), **pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos** ( SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F. 6; 254/1988, de 23 de enero, F. 3; 3/1997, de 13 de enero, F. 6).

Y dice también el Alto Tribunal que, *"se ha de tener presente que, además del límite establecido expresamente en el art. 21.2 CE en el que insiste el demandante, el ejercicio del derecho de reunión pacífica en lugar de tránsito público puede verse eventualmente sometido a restricciones necesarias para preservar otros derechos o bienes constitucionales, debiendo recordarse asimismo que si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquéllas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión («favor libertatis»), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados. "*

Se añade que, *"es a la autoridad gubernativa a la que le corresponde motivar y aportar*

*las razones que, desde criterios constitucionales de proporcionalidad, expliquen por qué tenía que quedar excluida o limitada la libertad que asiste a los titulares del derecho del art. 21.1 CE para elegir los instrumentos que consideren adecuados para la emisión de su mensaje."*

En este caso, aun cuando se de por indiscutida la premisa de que tal exhibición fotográfica pueda constituir en ocasiones, y según cada contexto, un signo o elemento iconográfico utilizado para ensalzar a los autores de delitos terroristas, o como ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, colocando a las acciones punibles y a sus autores como modelo, y otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, o aún superior, pese a contradecirlo frontalmente, -así, entre otras, la STS, Sala Segunda, de 17 de Julio de 2.007, (RJ. 3.660)-, no puede darse en este caso por inicialmente dada, ni suficientemente argumentada, la relación entre esa exhibición limitada en una concentración silenciosa llevada a cabo a fines reivindicativos de un diferente trato penitenciario anejo a la condición de presos de los individuos que en ellas aparecen, y el menosprecio o trato denigrante para las víctimas del terrorismo que la Administración entiende fundada con la invocación del repetido artículo 4º de la Ley. Dicha ley no consagra limitaciones expresivas absolutas o estandarizadas de medio o instrumento alguno, (es un hecho exento de mayor argumentación jurídica que ni el régimen penal ni el penitenciario privan de imagen a los penados, y que la difusión de ésta es frecuente en los medios de comunicación), y la exhibición que pudiera entrar en conflicto con dicha ley, y a través de ella, con los valores y derechos constitucionales afectantes a las víctimas, lo sería no por la imagen en sí misma, sino por el sentido y significación que los concentrados le atribuyan de modo contextual, mediante expresiones verbales o escritas, o empleo de otros anagramas, lemas o circunstancias anejas que revelen la intención de colocar a los autores de acciones criminales en un plano de legitimidad y de superioridad con respecto a sus víctimas. De no entenderse de este modo, hasta las propias concentraciones comunicadas en este caso, por su solo lema y objeto reivindicativo, que es lo que les da significado, incurrirían en la misma transgresión que se atribuye al medio o instrumento que la autoridad gubernativa rechaza, y es en cambio de reiterar que nos encontramos ante manifestaciones que no han sido prohibidas por gubernativamente, ni por razones de ilicitud penal, ni por riesgo de alteración del orden publico con lesión para bienes y derechos, u otras transgresiones de derechos fundamentales.

**SEXTO.-** Lo que antecede lleva a la estimación parcial del recurso, acordando revocar la modificación o restricción impuesta a que nos hemos venido refiriendo, -art. 122.3 LJCA-, y no dando lugar a los demás pedimentos generales o implícitos del recurso sobre la invalidez de la resolución.

No procede hacer especial imposición de costas a ninguna de las partes. -Artículo 139.1 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

## **F A L L O**

**QUE, CON PARCIAL ESTIMACIÓN DE LOS RECURSOS ACUMULADOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES REFERIDOS AL**

**DERECHO DE REUNIÓN, SEGUIDO CON NÚMEROS 1.050/2.009, 1.051/2.009 Y 1.052/2.009, INTERPUESTOS POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA EN REPRESENTACIÓN DE DON IÑAKI GURRUTXAGA IÑURRITEGUI, CONTRA TRES RESOLUCIONES DE 4 DE SEPTIEMBRE DE ESTE AÑO DEL DIRECTOR DE LA ERTZAINZA DEL DEPARTAMENTO DE INTERIOR DEL GOBIERNO VASCO, ACORDAMOS LA REVOCACIÓN DE LA MODIFICACION O LIMITACIÓN IMPUESTA EN LOS TÉRMINOS EXPRESADOS EN EL FUNDAMENTO JURIDICO QUINTO, CON DESESTIMACIÓN EN LO DEMÁS, Y SIN HACER ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

Contra la presente resolución no cabe recurso jurisdiccional ordinario, sin perjuicio del de Amparo Constitucional.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.