

EL USO DE LAS ARMAS DE FUEGO POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. UNA APROXIMACION JURIDICA (*)

POR

JAVIER BARCELONA LLOP

Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Referencia a la tesis de Otto Mayer.—III. Sucinta panorámica comparada: 1. La República Federal de Alemania. 2. Italia. 3. Francia. 4. Portugal. 5. Conclusiones.—IV. El uso de las armas de fuego por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el Derecho español: 1. Planteamiento. 2. El ámbito supralegislativo: la Constitución y los textos internacionales. 3. El ámbito legislativo genérico: la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 4. Continuación: la causa de justificación penal. 5. Continuación: los supuestos en que es posible el uso de las armas según el artículo 5.2, d), LOFCS. 6. El ámbito infranormativo: la Instrucción sobre el uso de las armas de fuego de abril de 1983.—V. Los presupuestos del uso de las armas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por la acción de policía de seguridad.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de las armas de fuego, aspecto de cardinal importancia en la caracterización jurídica de la policía de seguridad, no está en absoluto liberado de esa susceptibilidad al influjo de ciertos elementos de juicio no normativos que parece sujetar a la gran mayoría de las cuestiones de lo policial que son relevantes para el derecho. Bien se comprende que, desde ciertas perspectivas científicas, aquella circunstancia sea acreedora de primordial consideración, pero cabe afirmar que, cuando de una aproximación jurídica se trata, ha de hacerse lo posible por reducir al máximo el elemento especulativo; la facilidad y libertad de movimientos que éste proporciona no se acompasa, por lo general, con la posibilidad de ofrecer soluciones prácticas.

Partiendo de tal presupuesto, no considero necesario destacar

(*) El presente estudio se corresponde, a salvo de ligeras modificaciones, con el último de los capítulos de una monografía que, sobre el *régimen jurídico de la policía de seguridad*, va a aparecer en breve.

que las páginas que ahora se inician giran en torno al derecho positivo como herramienta fundamental de trabajo; primacía del derecho positivo que, si es necesario reivindicar en toda aproximación jurídica a lo policial, tanto más lo es cuando del uso de las armas se trata. No se olvide que en él se eleva a la máxima potencia la tensión característica que media entre policía de seguridad y derechos fundamentales, tensión que afecta, en este caso concreto, ni más ni menos, que a la vida y a la integridad física. Ello es por sí sólo motivo más que suficiente para afirmar rotundamente aquella primacía y su proyección, sin recato alguno, sobre el dominio de esa, como se ha dado en llamar, *ultima ratio* de la coacción administrativa (1). Empero, ha de reconocerse, también, que la eficacia del derecho puede no ser suficiente en relación con ciertos extremos de capital importancia; recuérdese, por ejemplo, cómo el sentir común identifica, en no pocas ocasiones, eficacia policial con contundencia, siendo precisa una verdadera reconversión conceptual que difícilmente se puede lograr con el apoyo exclusivo del razonamiento jurídico. Algo de esto debió de entrever Alejandro OLIVÁN cuando se lamentaba de las dificultades que a la racionalización de lo policial oponía el dudoso galardón de la idiosincrasia:

«las costumbres de cada país indican los medios que necesitan emplearse para conseguir el objeto: en Es-

(1) Expresión que utiliza José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977, pág. 77. En un sentido similar, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, vol. I, págs. 374 y 375), afirmando que la gravedad del uso de las armas lo es tanto por sus efectos virtuales como por el problema de sus límites en un Estado que reconoce el derecho a la vida y a la integridad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. GARRIDO FALLA, por su parte, considera que la *ultima ratio* de la coacción policial es el empleo de la fuerza armada, esto es, la intervención de las fuerzas de seguridad con independencia de que éstas hagan uso o no de las armas de fuego, opinión consecuente con el amplio concepto de policía que este autor sostiene, conforme al cual la de seguridad no es sino una especie de la policía administrativa; vid. su estudio *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, núm. 28 de esta REVISTA, 1959, pág. 32. Por lo demás, la opinión de GARRIDO concuerda con la habitualmente sostenida por la doctrina comparada, que conecta coacción material en general con un concepto de policía en el que coexisten tanto la de seguridad como la llamada policía administrativa, siendo aquella coacción, lanzada por la policía de seguridad, el medio más extremo de los que el poder público dispone para el cumplimiento de las medidas de policía administrativa en sentido amplio. Cfr., *ad exemplum*, Jean CASTAGNE, *Le controle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, París, LGDJ, 1964, págs. 44 a 46; Démètre PAPANICOLAIDIS, *Introduction générale a la theorie de la police administrative*, París, LGDJ, 1960, págs. 85 a 88; Pietro VIRGA, *La potestà di*

paña ha de pasar mucho tiempo antes de que pueda confiarse la seguridad pública a agentes que no tengan más recursos que sus puños, la autoridad de la ley y la cooperación de los ciudadanos» (2).

El pensamiento de OLIVÁN sorprende todavía hoy por su lucidez, y si se recuerda la caótica situación de la España de entonces, esa sorpresa se multiplica, pues, aunque haya transcurrido ya mucho tiempo desde la última guerra (3), sigue siendo necesaria la proclamación del derecho a la vida y a la integridad física frente a la disponibilidad policial sobre el uso de las armas de fuego, y no sólo en favor de los inocentes, sino también en el de los presuntos transgresores de la ley. Que ello requiere de más apoyos que el derecho está fuera de toda duda, y basta recordar para confirmarlo el ejemplo elocuente de que no están de más los principios, sobre todo cuando se incorporan a la norma jurídica y le dan sentido, que ofrecen las ilusionadas jornadas del período constituyente: la frustrada enmienda del entonces senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER al, a la sazón, artículo 14 del Proyecto constitucional, conserva todavía buena parte de sus sugerencias y desoídas invitaciones a la reflexión (4). Que el análisis jurídico esté sujeto a limitaciones no es

polizia, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, págs. 169 y ss., mencionando que el uso de las armas es sólo una posibilidad más de las que pueden actuarse en el curso de una intervención policial, que, de suyo, es ya la medida extrema de policía.

(2) Alejandro OLIVÁN, *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, IEP, 1954, págs. 160 y 161. Como es sabido, OLIVÁN escribe su obra en 1842-43, por lo que su testimonio resulta doblemente significativo.

(3) No estará de más recordar a este respecto que, aun cuando la guerra civil concluye en 1939, hasta varios años después no se erradicó del ordenamiento español una normativa que bien puede catalogarse como *de guerra*, circunstancia que, evidentemente, dejó sentir sus efectos en el mantenimiento de la seguridad interior en cualquiera de sus aspectos; sobre el tema, Manuel BALLBÉ MALLOL, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, páginas 397 y ss. (hay edición posterior).

(4) Véase el contenido de la enmienda, así como la reproducción de otros escritos abundando en similares consideraciones, en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, págs. 89 y ss. En contraposición con el talante restrictivo del uso de las armas propugnado en la citada enmienda, que pretendía circunscribir su licitud a los casos estrictos de legítima defensa, la praxis policial respondía por aquellas fechas a criterios bien distintos; no es preciso recordar suceso alguno, pero resulta altamente indicativo el supuesto de hecho contemplado en la *Sentencia de 31 de octubre de 1978* (Azdi. 3889; Ponente: MARTÍN MARTÍN), que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso de muerte a consecuencia de «herida por arma de fuego disparada por guardia civil, con ánimo de intimidar, con ocasión del servicio tendente a comprobar si las personas que estaban cazando el día de autos (...) estaban provistos de licencias o documentos establecidos y que, al dirigirse al cazador muerto, señor F., y éste no atender a la voz de «alto», el agente de la autoridad disparó su pistola

obstáculo para su recuperación como instrumento utilísimo, arma eficaz para evitar la instalación entre autoridades policiales y ciudadanos de ese derecho de guerra contra el que tan certeramente nos previene CARRO (5).

II. REFERENCIA A LA TESIS DE OTTO MAYER

Resulta en extremo revelador prestar cierta atención a la caracterización que del uso de las armas de fuego propusiera en su día OTTO MAYER, y ello por dos razones bien distintas: i) una estructural y referida al rechazo de plano de la explicación global que del régimen jurídico policial encontrara MAYER en el llamado *derecho natural de policía* (6), aunque justo es reconocer que él mismo parece

tres veces, resultando alcanzado el interfecto»; huelga todo comentario, máxime si se advierte que el agente había sido absuelto de toda responsabilidad criminal por el Tribunal militar correspondiente. La postura de la Administración en relación con el uso de las armas, tan permisiva entonces como ajena a la idea de proporcionalidad, se refleja paladinamente en el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 25 de enero de 1975, que puede consultarse en el volumen *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1974-1975*, páginas 35 y ss. Los ejemplos aducidos muestran bien a las claras cuán lejos estaba la realidad de las pretensiones racionalizadoras del senador MARTÍN-RETORTILLO, estando, por consiguiente, plenamente justificada su enmienda al artículo 14 del Proyecto constitucional, sin que quepa afirmar rotundamente que diez años después actitudes similares ya no son necesarias.

(5) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La polémica europea*, cit., pág. 77.

(6) En la concepción de MAYER, la policía se ocupa de velar por la efectividad de un deber general, preexistente, moral y jurídico que sujeta a los ciudadanos y les impone la no perturbación del buen orden de la cosa pública, siendo aquel deber motivo suficiente para justificar el rechazo, mediante el empleo de la fuerza, de las alteraciones del orden, que, en última instancia, implican que el ciudadano ha desconocido lo que aquel deber natural le impone. La existencia del mismo conduce, en opinión de MAYER, a la modulación del principio de legalidad a la par que permite la delimitación del ámbito de lo policial; vid. su obra *Le droit administratif allemand*, París, Giard & Brière, 1904, vol. II, págs. 9 y ss. La vinculación entre policía de seguridad y una suerte de orden metajurídico alcanzó su máxima expresión, quién sabe si deudora de la tesis de OTTO MAYER, en la idea de lo policial sustentada por el nacionalsocialismo y, sorprendentemente, se mantiene en la doctrina dominante alemana tras 1945, tal y como se desprende del análisis de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, «REDA», 15, 1977, págs. 618 y ss.; para la caracterización de la policía durante el período hitleriano, Carlos GARCÍA OVIEDO, *La noción de policía en el nacionalsocialismo alemán*, «RGLJ», 174, 1943, págs. 21 y ss., destacando que las normas jurídicas son sustituidas por la idea de *Pueblo* o *Volk* y por el fin policial etéreo del perfeccionamiento de la vida comunitaria que remite, en definitiva, a un orden popular inmanente. Lógicamente, el entendimiento de MAYER fue contestado contundentemente, y con muy buenos argumentos, por Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, páginas 316 y ss., destacando críticamente, en la pág. 324, que la tesis de MAYER parte de la consideración del ciudadano como un súbdito.

matizarla en relación con el uso de las armas, y, ii) otra más concreta que alude a la constatación de que los temas a que atiende MAYER siguen estando en el núcleo de cualquier aproximación jurídica al uso de las armas de fuego, siguen constituyendo sus claves más importantes, que, por lo demás, todavía no han sido resueltas de forma enteramente satisfactoria.

MAYER observa atinadamente que el uso de las armas implica, de suyo, un daño que persiste más allá de la desaparición del problema que lo ha originado (7). Es, por consiguiente, un medio coactivo que pudiéramos calificar de intrínsecamente excesivo, cualidad que justificaría el afán de MAYER por buscarle un fundamento jurídico propio (8). Tal no es la legítima defensa: no es sino excepcionalmente, dice MAYER, que un agente de policía pueda encontrarse en la situación prevista en el Código Penal de tener que responder a un ataque ilegal contra él mismo o contra un tercero; en tal hipótesis ceden las particularidades de derecho administrativo y, aunque el agente esté provisto de un arma reglamentaria para el desempeño de su función, ésta pasa a segundo plano, y tanto la medida de la fuerza como la posibilidad de usar el arma se regirán por los principios comunes de la legítima defensa penal (9).

Si la legítima defensa penal no sirve, es preciso hallar otras explicaciones al uso de las armas, explicaciones que MAYER anuda a lo que la ley establezca expresamente al respecto; así, el agente de policía podría servirse de su arma reglamentaria: i) para defenderse él mismo o defender a terceros frente a amenazas graves o agresiones reales; ii) para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de sus obligaciones legales; y, según algunas legislaciones, iii) para impedir la evasión de un detenido (10). Sin perjuicio del eventual so-

(7) *Le droit administratif allemand*, cit., pág. 166. Además de al uso de las armas, MAYER alude, como formas coactivas, a la prisión —que no debe durar más tiempo que el de la existencia del peligro, lo que no puede dejarse al arbitrio de la policía— y a la entrada en los domicilios privados (págs. 159 y ss.).

(8) Suavizando así, aparentemente al menos, el rigor a que en este extremo conduciría la apreciación incondicionada de la teoría jurídico-natural de la policía, problema del que MAYER es consciente (*Le droit administratif*, pág. 166 y, antes, en la pág. 11, cuando señala que, matizado el principio de legalidad en virtud del deber preexistente de los ciudadanos de no perturbar la cosa pública, un fundamento legal es necesario cuando se emplean medios de coacción especiales).

(9) *Ibidem*, pág. 166. En realidad, MAYER está planteando la posibilidad de la aplicación de una eximente penal al uso de las armas, cuestión por la que hay que pasar en la caracterización jurídica de esta forma de coacción. En este sentido es de recordar la invocación de CARRO (*La polémica europea*, cit., pág. 78) a una necesaria colaboración entre administrativistas y penalistas en este punto.

(10) Como el mismo MAYER afirma, se trata de supuestos que exceden del régimen jurídico de la legítima defensa penal (pág. 167).

lapamiento del primero de los supuestos citados con alguna de las manifestaciones de la legítima defensa penal (11), salvo que aquél venga cubierto por otra causa de justificación, es de destacar que el autor alemán puntualiza que, en todo caso, el uso de las armas se restringe a la medida que determina la ley (12). El principio de legalidad es, así, básico, pues no sólo la ley precisa cuándo es posible el uso de las armas, sino que, además, establece los parámetros de licitud del mismo. Teniendo en cuenta la evolución posterior del principio de legalidad de la actuación administrativa, la caracterización de MAYER indica bien a las claras el talante con que debe abordarse hoy la problemática que se contempla. Por lo demás, la posición cardinal del principio de legalidad impide modulaciones provenientes de simples órdenes jerárquicas y que, en defecto de ley, el lanzamiento de la coacción mediante el uso de las armas pueda estar previsto en una instrucción de servicio (13). El régimen se cierra con una precisión más que de matiz: sólo el funcionario autorizado puede utilizar legítimamente las armas de fuego reglamentarias (14).

De este modo, en la obra de MAYER aparecen ya algunos de los aspectos más relevantes del régimen jurídico del uso de las armas por la policía sin que el paso del tiempo haya hecho mella en la necesidad de atender a los mismos, aunque sí, como es lógico, en las soluciones que a ellos deben darse.

III. SUCINTA PANORÁMICA COMPARADA

Alejandro NIETO ha podido afirmar que, dada la concomitancia doctrinal e ideológica, la cita indiscriminada de autores extranjeros ha estado en nuestro país, por una vez, plenamente justificada en referencia a los intentos por definir la extensión de la antigua noción de policía (15). Evidentemente, carece de sentido pretender pa-

(11) A menos que la legítima defensa penal se reconduzca al supuesto en el que el agente se encuentre franco de servicio. Si no es así, si el agente franco de servicio ve cubierto el uso de las armas por la legislación policial especial, el problema que se suscita es el de que esté previsto que pueda portar su arma reglamentaria en tal situación, pues el uso del arma *d'ordonnance* es requisito que MAYER recalca, indudablemente (pág. 167). Más adelante veremos el alcance que en nuestro derecho vigente tiene la necesidad de emplear el arma reglamentaria.

(12) MAYER, *Le droit administratif*, cit., pág. 167.

(13) *Ibidem*, pág. 168.

(14) *Ibidem*, págs. 168 y 169.

(15) Alejandro NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, núm. 81 de esta REVISTA, 1976, pág. 36.

ralelismo alguno, pero puede afirmarse que, en lo que hace al uso de las armas de fuego, el conocimiento, siquiera sea somero, de las experiencias foráneas reviste no poca utilidad: de igual modo que ocurriera con el recuerdo a MAYER, se observa que los problemas son comunes, sin perjuicio, claro, de la divergencia en las respuestas. De ahí que el derecho comparado indique ciertos caminos a seguir en una aproximación desde el derecho español.

En 1977, el profesor CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR tuvo la oportunidad de abordar con rigor la problemática comparada del uso de las armas; gran parte de las afirmaciones vertidas en ese estudio (16) conservan todavía actualidad, de ahí que el presente epígrafe parta inexcusablemente de las mismas y se limite a complementar, en la medida en que ha sido posible recabar nuevos datos, la exposición del autor citado.

1. *La República Federal de Alemania*

A falta de datos posteriores fehacientemente comprobados, quizá sea oportuna la mención a la *Ley Federal sobre coacción directa* de 1961, norma en la que se regula el uso de las armas de fuego, cortantes, gases irritantes y medios explosivos admitidos en sede administrativa. Se trata de una ley especial que excepciona la regulación penal de la legítima defensa, a menos que el agente de policía actúe con independencia de su condición de tal (17), y que impone la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad (18), así como

(16) Se trata de repetidas veces citado aquí *La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa*, que contiene una valiosísima información, seria y muy bien documentada.

(17) *Ibidem*, pág. 89.

(18) *Ibidem*, págs. 82 y 83. Señala el profesor CARRO que el principio de proporcionalidad fue «consagrado en el artículo 4 de la citada Ley Federal de 1961. Allí se ordena a los funcionarios de policía elegir la medida menos perjudicial para el particular y la colectividad entre todas las que fuesen apropiadas. Además, el daño causado por la aplicación de la medida elegida no ha de estar claramente en desproporción con el resultado perseguido. Se trata, pues, de una triple reducción de la discrecionalidad policial en este campo: la medida ha de ser la apropiada (*geeignetheit*), y entre las apropiadas la que cause menor daño (los alemanes hablan aquí del principio del *geringstmöglichen Eingriffs*), y, teniendo en cuenta todo esto, todavía ha de analizarse si el daño que causaría la aplicación de tal tipo de medida sería desproporcionado para la finalidad perseguida (*Verhältnismässigkeit* o proporcionalidad en sentido estricto)». En tal sentido, la Ley Federal de 1961 prevé que el uso de las armas sólo se permite cuando resulten infructuosas otras medidas coactivas o no garanticen claramente el éxito policial; se prohíbe si la finalidad perseguida puede alcanzarse mediante la fuerza sobre las cosas, cuando exista peligro para terceros y contra personas que tengan edad infantil según su apariencia

la de proceder a los oportunos apercibimientos previos (19). A partir de ahí, el uso de las armas se permite para evitar hechos punibles, la huida de personas altamente sospechosas de haber cometido un delito, la evasión de presos o detenidos o para impedir su liberación; contra una multitud sólo es posible el uso de las armas, según la Ley de 1961, cuando se cometen actos de violencia resultando infructuosas las medidas coactivas dirigidas contra personas determinadas (20).

El profesor CARRO alude a la existencia de un *Proyecto-Modelo de Ley unitaria de policía*, para todo el territorio federal, aprobado en la Conferencia de Ministros del Interior de junio de 1976 (21); desconozco la redacción y alcance definitivos de este texto (22), pero no que en él parece plantearse la posibilidad del disparo mortal o realizado con la intención de matar. A este respecto, bueno será traer a colación las reflexiones de SCHMINCK-GUSTAVUS, profesor de la Universidad Reformada de Bremen, reflexiones insertas en una interesantísima exposición sobre las fórmulas que, a su juicio, encarnan el relanzamiento de ciertas técnicas autoritarias a partir de mediados de la década de los sesenta en la República Federal de Alemania (23). En este marco amplio, el autor analiza lo que califica de verdadera

exterior. Vid., también, Joan Josep QUERALT, *Coacción directa y justificación*, «Revista Jurídica de Cataluña», núm. 5, 1983, pág. 117, por nota.

(19) Apercibimiento que puede consistir en un disparo intimidatorio efectuado al aire, siendo su esencia la imposibilidad objetiva de que pueda ser alcanzado el sujeto (CARRO, *La polémica*, cit., pág. 83).

(20) *Ibidem*, págs. 84 y 85.

(21) *Ibidem*, pág. 84.

(22) Ernst DOERING (*La organización de la policía en la República Federal de Alemania*, Sonderdienst, Inter Naciones, 4-78, versión castellana policopiada) no hace alusión al mismo aun cuando menciona el programa para la seguridad interna en la RFA presentado por los Ministros del Interior de los *Länder* en 1972 y reformado en 1974. DOERING se refiere también a los trabajos de la Conferencia de Ministros del Interior durante 1977 y 1978, sin mencionar la Ley-Modelo que habría de aprobarse en noviembre de 1977. De igual modo, Michel FROMONT hace caso omiso del Proyecto-Modelo, pues aunque conoce su existencia advierte que va a prescindir de su análisis (*République Fédérale d'Allemagne: les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976*, «RDP», 1978-2, pág. 405; idéntica ausencia se constata en la crónica del mismo autor referida a 1977, publicada en «RDP», 1978-6, págs. 1549 y ss.). Desconozco, pues, el contenido exacto del Proyecto-Modelo, aunque puede señalarse que el 3 de junio de 1976 es aprobada la *Ley de Agentes de la Policía Federal* (BPolBG), norma de índole funcional y en la que la única referencia a las formas coactivas se encuentra en el apartado primero del artículo 1, al afirmar que el campo de aplicación de la ley se extiende a los agentes ejecutivos de la policía, esto es, «los que se les encomienden tareas policiales y los agentes autorizados para la aplicación de la violencia».

(23) Christoph-Ulrich SCHMINCK-GUSTAVUS, *El renacimiento del Leviatán*, Barcelona, Fontanella, 1982; por cierto que la edición original de la obra parece ser italiana y no alemana, edición que data de 1977.

«novedad en la historia jurídica federal», esto es, «el derecho de la policía a matar» en los términos del artículo 41, c), 2, del *Proyecto* citado, artículo que se expresa así:

«las armas de fuego deben ser utilizadas sólo para impedir la agresión o fuga del delincuente. Un tiro que, con probabilidad que se acerque a la certeza, comporta la muerte, es legítimo sólo cuando haya sido el único medio para contrarrestar un peligro inmediato para la integridad o la vida» (24).

SCHMINCK-GUSTAVUS sitúa esta previsión en un conjunto de medidas no ya destinadas a combatir el terrorismo —recuérdese la tristemente célebre *Baader-Meinhof*—, sino dirigidas a la represión de cualquier tipo de disidencia respecto de los valores consagrados en la Ley Fundamental de Bonn; la confrontación de la habilitación conferida a la policía para hacer uso de sus armas de fuego con las garantías constitucionales del derecho a la vida y a la integridad física son destacadas por el profesor de Bremen a la par que reconoce que la solución del artículo 41, c), 2, del *Proyecto* venía siendo ya preparada por la jurisprudencia dominante al afirmar que «el detentador de la intangible dignidad humana sólo puede serlo un individuo cuya existencia respeta los valores fundamentales del ordenamiento estatal» (25). A nadie se le oculta la envergadura de tal afirmación ni la gravedad de sus implicaciones. Sin pretender abrir debate alguno, pero sin olvidar la sempiterna vinculación entre policía y poder (26), testimonios como el reseñado —para cuyo correc-

(24) Tomo el precepto transcrito de la pág. 62 de la obra citada en la nota anterior.

(25) SCHMINCK-GUSTAVUS, *El renacimiento del Leviatán*, cit., págs. 62 y ss.

(26) Conexión que reviste múltiples formas y se articula a través de muy diversas técnicas. Así, desde la, señalada por NIETO, «paradigmática utilización ideológica de la policía por parte del poder» (*Algunas precisiones*, cit., pág. 75 y, en un sentido similar, en págs. 45 y 46) hasta la utilización política de la delincuencia en forma de los llamados «confidentes», formándose una verdadera «subpolicía» dirigida a la infiltración en los partidos políticos y asociaciones obreras en la Europa de la industrialización (vid. Michel FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI de España, Editores, 1982, págs. 285 y 286). Lógicamente, se trata de fenómenos no susceptibles de consideración jurídica y conectados, en última instancia, con los resortes ideológicos de un Estado en un momento histórico concreto. Es de destacar, igualmente, que la conexión entre policía y poder no necesariamente lo es con el poder institucionalizado, sino que puede serlo con poderes fácticos o grupos de presión; la historia británica ofrece interesantísimos ejemplos de ello, especialmente en relación con la noción de seguridad sustentada por las *propertied classes* frente al proletariado, noción que constituyó el eje de un vivo debate sobre lo policial du-

to entendimiento no está de más una cierta cautela— resucitan la cuestión de la habilitación de potestades policiales de gran alcance en términos poco precisos, situándose el problema de la definición y límites del margen apreciativo policíaco en el lugar fundamentalísimo y nuclear que le corresponde en el diseño jurídico de la policía de seguridad.

Para concluir con esta breve referencia al derecho alemán, cabe destacar que en la *Conferencia de Ministros del Interior de la Federación y los Länder* de noviembre de 1977 tiene lugar la aprobación de una suerte de *Ley-Modelo* sobre la policía cuyo objetivo es pautar las normaciones en la materia, tanto de los *Länder* como de la Federación. Ejemplo de lo primero es la *Ley del Estado de Baviera*, de 12 de junio de 1978, en la que se concreta, para el territorio de *Land*, las previsiones de la *Ley-Modelo*, especialmente las de su cláusula general de competencia:

«la policía puede adoptar las medidas necesarias para ahuyentar el peligro existente para la seguridad o el orden público, salvo si los artículos siguientes le reconocen una competencia especial».

Esto es, junto a la citada, coexisten otras cláusulas especiales de competencia cuya virtualidad se ve muy disminuida por la existencia de la primera. La ley bávara (27) constata el poder de apreciación policial y el principio de proporcionalidad, configurando un poder de policía de seguridad cuya extensión es similar a la conocida en el resto de los *Länder*. El uso de las armas de fuego se legitima normativamente para impedir ataques o huidas y para proteger vidas humanas, siendo de destacar que, como advierte FROMONT,

rante las primeras décadas del siglo XIX; vid. Allan SILVER, «The demand for order in civil society: a review of some themes in the history of urban crime, police and riot», en David BORDUA (ed.), *The Police: six sociological essays*, Nueva York, John Wiley & Sons, Inc., 1967, págs. 1 y ss.; a mayor abundamiento, Leon RADZINOWICK, *A history of English Criminal Law and its administration from 1750*, Londres, Stevens & Sons, Ltd., 1956, vol. II: *The class between private initiative and public interest in the enforcement of the law*, págs. 1 y ss. Ya he señalado que es una cuestión que escapa a los parámetros de lo jurídico, pero bien puede ser tenida en cuenta en un plano distinto, sabiendo, además, que en ella se entremezclan multitud de problemas; la cita de SCHMINCK-GUSTAVUS muestra bien a las claras la pervivencia actual, y presumiblemente imperecedera, de las relaciones entre policía de seguridad y las diversas manifestaciones del poder.

(27) La noticia de esta ley, en Michel FROMONT, *République Fédérale d'Allemagne: les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1978*, «RDP», 1980-1, págs. 120 y ss.

el incremento de las acciones terroristas a lo largo de la década de los setenta ha provocado que los términos en los que se definen las posibilidades compulsivas de la policía alemana sean expresados con mayor generalidad (28).

2. Italia

A diferencia del sistema alemán, el ordenamiento italiano contempla el uso de las armas por los miembros de la *Pubblica Sicurezza* desde la perspectiva penal, concretamente desde la causa de justificación del artículo 53 del célebre *Código Rocco*, aprobado por Decreto de 19 de octubre de 1930, en plena época fascista, por tanto. La causa del artículo 53 responde a la necesidad de repeler o vencer una agresión o violencia por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad en cumplimiento de su propio cargo (29), tratándose de un precepto (30) que ha suscitado un intenso debate doctrinal cuyos extremos, tal y como han sido expuestos por CARRO, son los siguientes:

i) Es un artículo sólo aplicable a los agentes de policía en el ejercicio actual de un deber propio de su cargo; fuera del mismo, incluso cuando el agente se encuentra en servicio permanente, ha de acudir a la legítima defensa (31).

ii) Se exige un requisito objetivo: la verdadera necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la autoridad (32) (33).

(28) *Ibidem*, pág. 122. Obsérvese que la afirmación de FROMONT se inscribe en la misma línea, aunque con un sentido algo distinto, que las de SCHMINCK-GUSTAVUS ya aludidas.

(29) Cfr. CARRO, *La polémica europea*, cit., pág. 92.

(30) El artículo 53 del Código Penal italiano, bajo la rúbrica de *uso legítimo delle armi*, establece que «*Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona*».

(31) Regulada en el artículo 52: «*non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*».

(32) CARRO, *La polémica europea*, cit., págs. 98 y ss.

(33) El autor citado en la nota anterior reseña también que algún sector doctrinal considera que ha de tenerse en cuenta el supuesto de la resistencia pasiva,

iii) El artículo 53 implica una ponderación de intereses, pues en él yace un conflicto entre el principio de autoridad (interés público) y el interés privado que, potencialmente, puede ser sacrificado. El profesor CARRO advierte que ha de rechazarse la preeminencia absoluta del primero (34), pero quizá cabe considerar que ha de ser el ejercicio efectivo de los derechos y libertades el criterio útil para resolver en cada caso aquella ponderación.

El precepto citado remite, en su último párrafo, a las leyes que han de determinar «*gli altri casi nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*». En consecuencia con el régimen constitucional, la doctrina entiende que la remisión lo es a una ley formal; buen ejemplo de ello lo es la de 4 de marzo de 1958, sobre *uso delle armi a la frontiera*, en la que se establecen, con alguna precisión, los supuestos del uso de las armas en la represión de los delitos de contrabando (35). El último párrafo del artículo 53 del Código Penal puede inducir a pensar que, dado que el terrorismo es un fenómeno nada extraño a la realidad italiana, el legislador ordinario ha podido sentirse tentado por el recurso a cláusulas generales aprovechando la remisión aludida. Sin embargo, tal no se desprende del Decreto-ley de 15 de diciembre de 1979, de *medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública*, que, además de adicionar diversos artículos al Código Penal y al de Procedimiento Criminal, habilita importantes poderes de policía; pero no sólo éstos se precisan al máximo, sino que se omite toda alusión al uso de las armas. Ciertamente es que no se trata de una ley formal, pero al tener lugar su conversión en ley, con

esto es, de las conductas omisivas dirigidas a impedir la ejecución de algún acto encomendado a la fuerza pública, debiendo en tal caso modularse la potestad policial también por el principio de proporcionalidad.

(34) *La polémica europea*, cit., págs. 100 y 101.

(35) Dice así el artículo 1 de esta Ley: «E vietato fare uso delle armi contre le persone (...) fatta essezione per i casi previsti dagli articoli 52, 53 primo coma, e 54 Codice Penale e cuando:

a) il contrabbandiere sia armato palesemente

b) il contrabbando sia compiuto in tempo di notte

c) il contrabbandieri agiscano raggruppati in no meno di tre persone.» El artículo 2 prohíbe la aplicación del anterior si el contrabandista se da a la fuga, permitiendo el artículo 3 el uso de las armas de fuego contra vehículos y otros medios de transporte «quando i conducenti non ottemperino alla intimazione di fermo e i militario non abbiamo la possibilità di raggiungerli», precisando el artículo 5 la procedimentalización del uso de las armas cuando éste esté permitido: «deve essere proceduto da intimazione a voce o col gesto e dalla esplosione di almeno due colpi in aria».

ciertas modificaciones, por la de 6 de febrero de 1980, tampoco en el texto se incluyen referencias al uso de las armas de fuego. Por consiguiente, parece que también en este campo rige el régimen general del artículo 53 del *Código Rocco*, aunque se suscita la duda acerca de la suerte que correrá la ponderación de intereses en tales casos.

Por lo demás, la prolija Ley de 1 de abril de 1981, sobre el *nuevo ordenamiento de la Administración de la Seguridad Pública*, no indica nada en punto al uso de las armas a salvo, y el dato es más bien curioso, de la prohibición que sujeta a los agentes de policía de manifestarse portando armas (art. 76) y de las importantes penas de privación de libertad (hasta tres años) que el artículo 77 impone a los funcionarios que «alteraren de cualquier modo las características de las armas propias o de la munición de la que se les haya dotado, o que porten en servicio armas diversas de las que se les haya dotado». Ochenta años después de la obra de MAYER, el requisito apuntado por éste sigue siendo exigido: si el agente de policía hace uso de las armas de fuego, ha de serlo de las que reglamentariamente le corresponden.

3. Francia

Contrariamente al estado de la cuestión en los ordenamientos aludidos, en el francés se observa que ni una específica causa de justificación ni una ley de policía contemplan el problema del uso de las armas, siendo preciso, así, acudir a la regulación general del Código Penal (36), concretamente a sus artículos 186 y 327 (37). De la lectura conjunta de los mismos se desprende que el uso de las armas constituye una agravante a menos que se actúe en cumplimiento de un mandato legal u orden de la autoridad, y siempre en función de un motivo legítimo. Lógicamente, el concepto que anuda el sistema es el de *motivo legítimo*, cuya determinación llama a una

(36) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La polémica europea*, cit., pág. 109.

(37) Artículo 327: «il n'y a pas ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnées para la loi et commandées par l'autorité légitime»; artículo 186: «lorsqu'un fonctionnaire ou officier public, un administrateur, un agent ou un préposé du gouvernement ou de la police, un exécuter des mandats de justice ou jugements, aura sans motif légitime, usé ou fait user de la violence envers les personnes, dans l'exercice o à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il sera puni selon la nature et la gravité de ces violences, et en élévand la peine suivant la règle possée par l'article 198 ci-après».

normativa extraña al Código Penal, circunstancia que puede arrastrar, como señala certeramente CARRO, la dificultad derivada de la eventual ausencia de una norma que tipifique los supuestos de uso legítimo de la fuerza o de las armas por la policía (38).

Junto al motivo legítimo, los preceptos penales citados imponen también la apreciación de la competencia de la autoridad que ordena el lanzamiento de la coacción: *l'autorité légitime*. La conexión de este requisito con aspectos de primerísima importancia es obvia: el juego de la obediencia debida —que engarza con la constatación de lo que sea *motivo legítimo* en un supuesto determinado—, así como las posibilidades coactivas del agente en situación de servicio permanente, son ejemplos bien expresivos de ello. Por lo demás, el artículo 186 resuelve afirmativamente la pregunta de si un agente puede lanzar la coacción en casos en los que no es posible la espera de órdenes, coacción que, en buena lógica, incluye al uso de las armas. Asoma en este momento el tema del margen apreciativo del funcionario, pues aunque las leyes precisen el *motivo legítimo* fundante de la exoneración de su responsabilidad criminal, no cabe duda de que el agente —y también la autoridad en caso de que se impartan órdenes— ha de proceder a un juicio de razonabilidad para determinar si el supuesto de hecho encaja en la previsión legal, juicio que se desenvuelve conforme a los principios generales de la apreciación policíaca y que en relación con el uso de las armas exige extremar todas las cautelas.

Dada la generalidad con que se expresa el Código Penal, la exégesis doctrinal y la producción normativa asumen un papel capital en el proceso acotador de las posibilidades policiales de usar las armas. En este sentido, bueno será traer a colación el ejemplo de dos normas directamente relacionadas con lo policial: el *Decreto número 986, de 24 de agosto de 1960*, relativo al recurso a la fuerza policial frente a manifestaciones tumultuarias (art. 104 del Código Penal) y la *Ley número 85-835, de 7 de agosto de 1985*, de modernización de las estructuras de la policía francesa. El Decreto citado, elaborado con la intención de precisar la aplicación del artículo 104 del Código Penal e incorporado formalmente a este cuerpo legislativo, indica, tras proscribir la intervención de las fuerzas armadas (39),

(38) *La polémica europea*, cit., pág. 116.

(39) Artículo 104.3 del Código Penal: «*les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement ou pour assurer l'exécution de la loi, d'un jugement ou mandat de justice peuvent faire usage de la force si des violences*

el *modus operandi* que ha de seguirse en el requerimiento previo a la disolución de las manifestaciones, utilizando al efecto señales sonoras y luminosas (40); empero, no se alude para nada al procedimiento de disolución propiamente dicha, dando así entrada al artículo 104, que permite el empleo de la fuerza sin precisar ni su medida ni su forma, y a los artículos 186 y 327, con lo que en relación con esta concreta actuación policial parece que se aplican los criterios generales antes expuestos.

Por lo que hace a la Ley de 7 de agosto de 1985, de modernización de la estructura policial francesa, buscando, primordialmente, una mayor operatividad en la lucha contra el tráfico de estupefacientes y el terrorismo, hay que destacar que en ella no se contiene referencia alguna al uso de las armas, pero su artículo 4 prevé la adopción de un *código deontológico* policial en el que, presumiblemente, puedan resolverse de modo general algunos de los problemas propios de la coacción policíaca; empero, no es posible todavía concluir nada en este punto, dado que la ambigüedad de la Ley parece haber paralizado cualquier iniciativa relacionada con el código deontológico (41).

En el derecho francés, el uso de las armas de fuego por la policía conoce una perspectiva interesantísima desde el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es conocido cómo, a partir de 1905, el *Conseil d'Etat* comienza a exigir *faute lourde* para apreciar la responsabilidad administrativa en caso de actividades policiales en sentido material (42), criterio que se explica

ou voies du fait exercés contre eux, ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ou les postes dont la garde leur est confiée». Por lo que hace a la interdicción de la intervención castrense, el artículo d.1 del Decreto de 24 de agosto de 1960 es tajante: la competencia corresponde al Ministro del Interior, aunque las fuerzas armadas pueden intervenir en relación con la represión de manifestaciones tumultuarias si son legalmente requeridas.

(40) El anuncio de la presencia policial se hará a través de un altavoz («*Obéissance à la loi. dispersez vous*») o mediante un toque de corneta. La autoridad competente puede escoger, en lugar de los medios antedichos, el empleo de luces rojas intermitentes o una bengala o cohete de luz roja. A la primera intimación se procede por idénticos medios, advirtiendo ya que va a hacerse uso de la fuerza, conociendo un procedimiento igual la segunda intimación, que, normalmente, es la última. No obstante, si para dispersar la manifestación se considera necesario el uso de las armas, el Decreto número 762, de 21 de julio de 1961, exige que la señal sonora o luminosa utilizada en la segunda intimación se realice dos veces.

(41) Un comentario a la ley citada, destacando estos problemas, en Pierre MONGIN, *La modernisation de la police nationale. Loi n.º 84-835 du 7 août 1985*, «AJDA», núm. 3, 1986, págs. 162 y ss.

(42) Vid. Jacques MOUREAU, *La responsabilité administrative*, París, PUF, 1986, págs. 72 y 73; Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, París, Presses de la

en la naturaleza del servicio causante del daño y que fue paradigmáticamente expuesto por el Comisario del Gobierno RIVET en sus conclusiones al *arrêt CLEF* (CE, 13 de marzo de 1925) en un supuesto de daños ocasionados a ciertos particulares en el curso de una intervención policial frente a una manifestación tumultuaria (43). El motivo de la exigencia de *faute lourde* radica, según DUEZ (44), en: i) una línea jurisprudencial vicaria de las tesis de LAFERRIERE conforme a las que la responsabilidad se encuentra en relación inversa a la potestad con que la Administración se encuentra investida (45); ii) la tardía aceptación de la responsabilidad en materia de policía (46), y iii) la circunstancia de que lo difícil y delicado de la misión policial no permite sino una apreciación moderada de la responsabilidad patrimonial derivada de la misma.

Empero, el requisito de la falta grave comenzó a encontrar excepciones en dos significativas facetas de la acción policial: los casos de omisión o inactividad de las fuerzas de policía (47) y el uso de

Fondation Nationale des Sciences Politiques y Dalloz, 1984, pág. 283. Incorporando jurisprudencia, Marceau LONG, Prosper WEIL y Guy BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1984, pág. 61. Una exposición del tema en castellano, en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. II, 1983, págs. 1173 y 1174.

(43) «Para desempeñar la difícil tarea de mantener el orden en la calle, las fuerzas de policía no deben ver su acción enervada por las amenazas permanentes de complicaciones contenciosas.» Tomo la cita de Paul DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, París, Dalloz, 1927, pág. 29; este autor señala, por nota, que se admitirá más difícilmente la responsabilidad de la policía si el herido es un manifestante o un espectador que se encuentra en la calle que si se trata de una persona que ha buscado la protección de la policía. Las conclusiones del Comisario RIVET son también recogidas por CARRO, *Sobre responsabilidad administrativa*, cit., pág. 1174.

(44) *La responsabilité*, cit., págs. 31 y 32.

(45) Lo que conecta, como es lógico y sabido, con la conocida distinción histórica entre actos de autoridad y actos de gestión.

(46) Si el régimen de responsabilidad patrimonial se abre con el famoso *arrêt BLANCO*, de 1873, hubieron de pasar casi treinta años para que la responsabilidad pudiera exigirse por los daños ocasionados por la policía, pues no fue hasta el *arrêt Tomaso GRECCO*, de 10 de febrero de 1905, cuando el régimen de irresponsabilidad en materia policial sufre los embates liberalizadores del Consejo de Estado, siendo la jurisprudencia posterior la que perfilaría el sistema. La importancia del *arrêt GRECCO*, en tanto que punto de partida de la responsabilidad administrativa por actos de policía, ha sido unánimemente destacada por la doctrina (MOUREAU, *La responsabilité*, cit., pág. 12; BRAIBANT, *Le droit administratif*, cit., pág. 270); aunque no se concedió indemnización en virtud de la ausencia de una falta imputable a la policía (LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts*, cit., pág. 60; CARRO, *Sobre responsabilidad administrativa*, cit., pág. 1173), el *arrêt GRECCO* abrió la puerta de la superación de la irresponsabilidad en este campo.

(47) Tal criterio se inicia con el *arrêt COUTEAS*, de 30 de diciembre de 1923, en el que el Consejo de Estado considera que la inexecución policial de la orden judicial de expulsión de los ocupantes autóctonos de un territorio norteafricano no es una falta grave si la omisión o inacción policial se debe a motivos de orden

las armas de fuego. En efecto, y por lo que hace a este último, el *Conseil d'Etat* da, el 24 de junio de 1949, un enorme paso adelante en materia de responsabilidad por actos de la policía dictando dos decisiones que prescindieron de toda idea de falta grave en relación con sendas actuaciones policiales con resultado de muerte de terceros a consecuencia del empleo de las armas de fuego. Se trata de los *arrêts FRANQUETTE ET DARAMY* y *Consorts LECOMTE* (48), donde se sustituye la *faute lourde* por la idea de riesgo social en razón de que la primera conduce a exigencias demasiado severas desde el punto de vista de las víctimas de una acción de policía en la que se hace uso de las armas de fuego. Prima, pues, la perspectiva del riesgo cuando la policía recurre a las armas o a otros artefactos susceptibles de provocar un peligro de especial intensidad y siempre que el perjuicio causado a los ciudadanos exceda del que normalmente deben soportar por la puesta en funcionamiento del servicio (49). En el primero de los *arrêts* citados, el carácter especialmente peligroso del medio utilizado se justificaba en que el agente que abrió fuego portaba un arma de nuevo modelo, de más complicado manejo que las tradicionales, sin haber recibido el adecuado adiestramiento previo; en *Consorts LECOMTE*, la peligrosidad se apreció en virtud de un criterio de proporcionalidad: pudieron haberse empleado medios menos peligrosos.

Posteriormente, la peligrosidad se ha predicado también de las armas reglamentarias que, *a priori*, no parecen presentar aquel carácter: así, en los *arrêts JUNG* y *NICOL*, de 1 de junio de 1951 y 27 de abril de 1953, respectivamente; no obstante, ha de advertirse

y seguridad, pero sí que es determinante de la responsabilidad de la Administración en base a la noción de riesgo y el principio de igualdad ante las cargas públicas (vid. LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts*, cit., págs. 182 y ss.). Abundando en esta línea, el *arrêt Société «La Cartonnerie et Imprimerie Saint-Charles»*, de 3 de junio de 1938. La tesis se consolida progresivamente y se aplica a numerosos supuestos, como la tardanza policial en proceder al desalojo de los inquilinos de un inmueble (así, *arrêt Société immobilière d'investissement Parigest*, de 21 de junio de 1985). La exigencia de *faute lourde* se mantiene, sin embargo, en los casos en los que la inacción policial no se debe a motivos de orden público; por ejemplo, la vigilancia ineficaz de un aeropuerto (*arrêts Compagnie Air-Inter* y *Ministre de l'Intérieur c. Compagnie Air-Inter et Société d'Assurances et de Réassurances «La Réunion Française»*, de 10 de febrero de 1982 y de 14 de marzo de 1979, respectivamente) o la ineficacia policial para poner fin a situaciones ilícitas relacionadas con la circulación rodada (*arrêt MARABOUT*, de 20 de octubre de 1972; vid. el revelador comentario al mismo de Marcel WALINE, *Notes de jurisprudence: La responsabilité d'une ville pour carence de ses services de police*, «RDP», núm. 3, 1973, págs. 832 y ss.).

(48) Vid. LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts*, cit., págs. 326 y ss.

(49) Cfr. las conclusiones del Comisario del Gobierno BARBET; *ibidem*, pág. 327.

que la responsabilidad por riesgo sólo cabe cuando el lesionado es un tercero, aplicándose el criterio de la falta simple cuando el afectado es el sujeto pasivo de la acción policial (50) (51). Al margen de lo que de inadecuado pueda tener tal planteamiento —similar, por cierto, a algunos de los habidos en nuestro derecho (52)—, es de destacar que la peligrosidad se aprecia en virtud de un criterio mayoritariamente formal, no extendiéndose a otros medios policiales como las defensas o las granadas lacrimógenas, lo que, a juicio de BRAIBANT, no acaba de estar plenamente justificado en términos generales, como lo muestran los daños ocasionados mediante tales artefactos durante los sucesos de mayo de 1968 (53).

4. Portugal

El ordenamiento portugués regula el uso de las armas por los miembros de la *Policía Judicial* —cuerpo creado en 1977 en sustitución de la *Policía de Investigación Criminal*, operante desde 1945, y adscrito al Ministerio de Justicia— en tres de los artículos del *Decreto-lei n.º 458/82, de 24 de novembre*. Así, el 88.1 prevé que tal uso

(50) Cfr. MOUREAU (*La responsabilité*, cit., págs. 74 y 95 y 96) y BRAIBANT (*Le droit administratif*, cit., pág. 289), destacando la dificultad de discernir, en algunas ocasiones, si el que sufre el daño es un tercero o no.

(51) Así, el criterio de la falta simple se aplica al caso de un joven muerto por impacto de bala en el curso de una persecución policial, joven que había sido condenado por el robo de un vehículo durante el servicio militar y que se había dado a la fuga; vid. el *arrêt Epoux MANCHON*, de 29 de noviembre de 1963, que, además, suscita el problema de la caracterización de la policía en el sentido siguiente: si ésta es de seguridad, puede ser considerada como policía judicial, siendo entonces competente para conocer de sus actos la jurisdicción ordinaria; por el contrario, si se entiende que la policía lo es administrativa —la dependiente de los municipios—, la competencia corresponderá a los tribunales de lo contencioso. Haciéndose eco de la problemática, WALINE (*Notes de jurisprudence*, cit., pág. 838) ha destacado cómo el Consejo de Estado ha ido defendiendo la extensión de su competencia en relación con la policía judicial, esto es, con la policía encargada de la persecución de la delincuencia.

(52) Así, la declaración de responsabilidad contenida en la ya derogada Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, artículo 8.2, parecía asimilar derecho al resarcimiento con la no imputabilidad de los actos que habían originado la imposición de las medidas causantes del daño o perjuicio. Ciertamente es que la lucha antiterrorista es algo muy distinto a la acción policial ordinaria, pero puede afirmarse que una lectura rígida del artículo 8.2 citado resultaba disfuncional en el marco de la caracterización constitucional de los poderes públicos, pues ni siquiera en los casos a los que el artículo 8.2 respondía parece el principio de proporcionalidad. Idénticas consideraciones merece el artículo 25 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, debiendo propugnarse la interdicción de interpretaciones petrificadas ajenas a las circunstancias reales de cada caso concreto.

(53) BRAIBANT, *Le droit administratif*, cit., pág. 289.

sólo está permitido como medida extrema de coacción en los casos siguientes:

- a) frente a una agresión actual o inminente dirigida contra el agente o contra terceros;
- b) para capturar o impedir la fuga de un individuo altamente sospechoso de haber cometido un delito grave con utilización de armas de fuego, bombas, granadas o explosivos;
- c) para detener a una persona evadida, o sobre la que pende una orden de busca y captura, y acusada de haber cometido un delito castigado al menos con prisión mayor, o para impedir la fuga de cualquier persona legalmente presa o detenida;
- d) para liberar rehenes;
- e) para impedir un atentado grave e inminente contra instalaciones de utilidad social cuya destrucción ocasione un perjuicio importante.

El intento especificador que el artículo 88.1 citado persigue no obsta a que pueda afirmarse que el elenco de supuestos en los que el uso de las armas es permitido sea bastante amplio; el párrafo 2 del propio artículo 88 incorpora, sin embargo, un criterio corrector: el uso de las armas se prohíbe «*sempre que possa resultar perigo para terceiros*», excepción hecha de los casos de legítima defensa o de estado de necesidad, con lo que, a la postre, tiene lugar una remisión directa del Código Penal (54). Por último, es de recordar que el artículo 89 exige que antes de proceder al uso de las armas se advierta de ello en forma claramente perceptible y siempre que las circunstancias o naturaleza del servicio lo permitan, concluyendo el artículo 90 con la imposición al funcionario que ha disparado del deber de socorrer a los heridos y de informar a sus superiores en el plazo de tiempo más breve posible.

5. Conclusiones

La apretada exposición anterior pone de manifiesto cómo, resueltos de una forma u otra, los problemas relativos al uso de las armas son comunes en los ordenamientos occidentales: el juego de las

(54) Concretamente, a los artículos 32 y 34, en relación con la legítima defensa y el estado de necesidad, y a los artículos 33 y 35, para las eximentes incompletas.

causas de justificación, el principio de proporcionalidad, la necesidad o no de habilitaciones expresas, la precisión con que las normas jurídicas contemplan el uso de las armas, el importante papel que desempeña el margen de apreciación de funcionario... son cuestiones que también en nuestro ordenamiento ocupan un lugar prevalente y que deben ser resueltas sin dilación.

Cierto es que el uso de las armas de fuego se sujeta a los mismos principios que rigen en general la actuación policial, pero la especificidad del tema puede requerir de tratamientos individualizados en algunos casos, sin que sirva siempre la remisión incondicionada a aquellos principios. Lo delicado de la cuestión es algo que no necesita ser subrayado, y prolongar actitudes abstencionistas carece de todo sentido. En un Estado de Derecho hay que sentir verdadero *horror vacui* ante los interrogantes jurídicos que suscita el uso de las armas; no puede cerrarse un ojo, al modo de Walter JELLINEK (55), sobre una realidad que clama por un entendimiento preciso y ajustado. En tal sentido, las páginas que siguen pretenden ser una contribución, ciertamente limitada, a la resolución urgente de esos interrogantes jurídicos.

IV. EL USO DE LAS ARMAS DE FUEGO POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Planteamiento*

La circunstancia de que nuestro ordenamiento carezca de una ley específica reguladora de la coacción administrativa (56) parece

(55) Recuerda CARRO (*La polémica europea*, cit., pág. 80) cómo JELLINEK aceptaba que el uso de las armas pudiera estar regulado en instrucciones de servicio o, incluso, no estarlo en absoluto, destacando el autor citado que «bajo el imperio de la Ley Fundamental de Bonn, ya no se puede “cerrar un ojo”, como nos pedía JELLINEK, ante la falta de fundamento legal concreto en el uso de las armas; hoy, prácticamente la totalidad de la doctrina alemana que ha tratado el tema exige en todo caso una ley formal».

(56) Si bien es cierto que la Ley de Procedimiento Administrativo regula, en sus artículos 100 y siguientes, ciertas expresiones de la coacción, no lo es menos que resulta a todas luces insuficiente para abarcar todas y cada una de las posibilidades coactivas y, significativamente, la coacción directa. Discrepo, por ello, de la opinión de QUERALT (*Coacción directa y justificación*, cit., *passim*), que considera aplicables algunos de los preceptos de la citada Ley de Procedimiento a la coacción directa policial. El tema se inscribe en el contexto mucho más amplio de la caracterización jurídica de la coacción directa, que escapa al régimen de ejecución for-

indicar que es el Código Penal la única norma relevante en relación con el uso de las armas. La impresión es equivocada, pues, aunque la licitud de aquel uso se mide por la exclusión de su antijuridicidad, es posible rastrear en otros ámbitos normativos y dar con pistas e indicios de enorme trascendencia. Evidente reflejo de que la perspectiva únicamente penal es incompleta es la responsabilidad patrimonial de la Administración, que en absoluto viene predeterminada por la eventual apreciación de una eximente. Junto a ello, es de advertir que otros textos intervienen en la configuración jurídica del uso de las armas, textos que se van a ir analizando seguidamente y cuya incidencia en la materia es diversa, pero nunca exenta de interés.

En vista del panorama disperso que el ordenamiento español nos ofrece, ¿cabe hablar de la existencia de un *grupo normativo*, según la fórmula del profesor VILLAR PALASÍ? (57). No me atrevo a dar una respuesta definitiva; la teoría de los grupos normativos presenta, a nuestros efectos, un valor instrumental enorme en la medida en que permite la comprensión homogénea de una regulación que formalmente no lo es y que materialmente se caracteriza por la singularidad de su objeto, facilitando así una lectura conjunta de la misma. Empero, la tesis de VILLAR PALASÍ no acaba de cuajar en relación con alguno de los textos a los que pretende aplicarse, hecho que impone la cautela antes expresada sin menoscabo, por supuesto, de aceptar que la teoría de los grupos normativos es muy útil en tanto que ayuda a coordinar la dispersa realidad normativa cuyo análisis va a ocuparnos.

Al margen de ello, éste es el momento propicio para advertir que de nuestro ordenamiento no se desprende en absoluto la interdicción del uso de las armas; las normas positivas no permiten soluciones radicales que pretendan erradicar el uso legal de las armas de fuego por la policía, pero en absoluto se impiden lecturas restrictivas fundadas en un criterio de excepcionalidad. Como se decía al principio,

zosa de los actos administrativos en la medida en que no puede hablarse propiamente de tales, con las evidentes consecuencias en orden al control contencioso dada la naturaleza revisora de la Jurisdicción, consecuencias de primerísimo grado en relación con el recurso de amparo y el requisito objetivo del agotamiento de la vía previa contencioso-administrativa.

(57) Vid. su *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I: *Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad Complutense, 1972, págs. 172 y ss. De igual modo puede tenerse en cuenta, también a efectos instrumentales, la tesis de los «elementos normativos desgajados» expuesta por MEILÁN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967, págs. 56 y ss.

no ha de confundirse la eficacia con la contundencia, imponiéndose, por lo tanto, que el empleo de las armas de fuego sea una verdadera excepción sujeta, por lo demás, a parámetros jurídicos lo más precisos posible. Es lo máximo que nuestro ordenamiento permite, al menos mientras no se estudien soluciones alternativas como, por ejemplo, la propugnada por un sector de la doctrina alemana que propone el empleo de medios menos lesivos, pero igualmente eficaces, que los proyectiles de un arma reglamentaria (58).

2. *El ámbito supralegislativo: la Constitución y los textos internacionales*

Entiéndase por ámbito supralegislativo aquel que escapa a la disponibilidad habitual del legislador ordinario, sea por el carácter de los textos que en él se incluyen, sea por las especificidades de su revisión o modificación. Su cualidad refractaria a los procedimientos legislativos ordinarios convierte a este ámbito supralegislativo en foco de referencia primario, en verdadero núcleo informante de cualquier innovación normativa y, por ende, de la interpretación del resto de los textos atinentes al uso de las armas. Esta nota estructural básica no indica que en el ámbito supralegislativo se incluyan instrumentos jurídicos de idéntica naturaleza, antes al contrario, pero todos ellos participan de aquella característica tan relevante.

2.1. *El artículo 15 de la Constitución.*

El debate suscitado por la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y la buena nueva que en su día supuso la abolición de la pena de muerte han contribuido a desdibujar en cierto modo la protección que el artículo 15 de la Constitución confiere al derecho a la vida y a la integridad física, protección que parece centrarse, en la conciencia social, sobre los supuestos antedichos. Sin embargo, se trata de un precepto importantísimo a nuestros efectos porque, y dejando de lado los casos de torturas, nada hay que permita considerar excluidos de su ámbito protector a los presuntos transgresores de la ley o a los que vulneran los derechos ajenos, inclusive los del propio artículo 15.

(58) Vid. QUERALT, *Coacción directa*, cit., pág. 124, por nota 87.

La vinculación inmediata de los poderes públicos a la regulación constitucional de los derechos y libertades (59) elimina cualquier otra conclusión so pena de enhebrar una contradicción insalvable entre la función constitucional de las fuerzas de policía (art. 104.1) y el deber legal que sobre ellas pesa de ajustar su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 5.1 de la LO 2/1986, de 13 de abril, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en adelante LOFCS), y una pretendida libertad de disposición sobre los medios materiales de coacción. Superadas las concepciones absolutistas de la policía, la *eficacia* administrativa que el artículo 103.1 de la Constitución invoca no ha de confundirse, repito, con la contundencia, eficacia que se modula —también para el uso de las armas— por la sumisión a la ley y al derecho que el propio artículo 103.1 impone en evidente concesión a las doctrinas principalistas y ordinamentales. De ello no debe desprenderse que el uso de las armas es en todo caso contradictorio con el artículo 15; la contradicción existirá sólo si aquél vulnera el régimen legal aplicable, régimen que, a la postre, ha de fundamentarse en la *preferred position* de los derechos fundamentales que la Constitución configura y, especialmente en este caso, a la de los del artículo 15. Así, éstos gozan de absoluta prevalencia sobre otras consideraciones pretendidamente amparadas en las necesidades propias de la función policial; la frustrada enmienda del entonces senador Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (60) cobra ahora especial significado (61).

2.2. *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.*

Tras la proclamación del derecho a la vida en su artículo 2.1 —que, por cierto, ha sufrido la benéfica incidencia del *Protocolo número 6*, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (62)—, el Convenio, muy en línea

(59) Sobre la cuestión resulta todavía perfectamente invocable la exposición de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 72 y ss.

(60) Vid., ante, nota 4.

(61) Es de recordar que el artículo 15 de la Constitución no se incluye en el elenco de los susceptibles de suspensión a tenor del artículo 55 de la Constitución, configurándose un régimen de intangibilidad muy indicativo del valor preferente del derecho a la vida y a la integridad incluso en supuestos críticos.

(62) Dice así su artículo primero: «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado», añadiendo el artículo segundo del Pro-

con lo que es habitual en textos similares (63), excepciona en tres supuestos la producción de un resultado de muerte con infracción del precepto; se afirma, así, que tal infracción no existe cuando se ocasiona la muerte como «consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario» para: i) defender a una persona contra una agresión ilegítima; ii) para proceder a una detención legal o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, y iii) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

La ratificación del Convenio por España (64) y la ausencia de reservas al artículo 2 fuerzan a considerarlo integrante del ordenamiento interno (art. 96.1 de la Constitución), sin que, empero, haya de magnificarse el valor real del artículo 2.2 en razón de lo siguiente:

a) De su inciso primero se infiere que la muerte ocasionada conforme a cualquiera de las excepciones citadas no constituye motivo suficiente para que la Comisión o, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideren que se ha producido una vulneración del artículo 2; pero ello no prejuzga que los respectivos de-

toloco número 6 que «un Estado podrá imponer con arreglo a su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; tal pena no será aplicada más que en los casos previstos por la ley y conforme a sus disposiciones. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las disposiciones correspondientes a la citada legislación». Se salva así la primera excepción contenida en el artículo 2.1 del Convenio: «nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga una pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena». El respeto a las legislaciones nacionales que inspira este artículo 2.1 del Convenio se ve así modulado por el Protocolo número 6, prácticamente parangonable con el artículo 15 de nuestra Constitución: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales para tiempo de guerra»; sobre esta previsión resultan de interés las reflexiones de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER vertidas en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983, págs. 525 y ss. De igual modo es de recordar que la *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre*, de Código Penal Militar, prevé, en diversos preceptos, la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra (arts. 25, 49, 50, 52, entre otros, aunque matizando el rigor de la pena determinando que, en todo caso, su imposición será potestativa), constituyendo así el único ejemplo en nuestro ordenamiento que, actualizando la dicción del artículo 15 constitucional, contempla la posibilidad de imposición de la pena capital.

(63) Sobre la consagración en el Convenio de los derechos y libertades y la paralela previsión de limitaciones a los mismos, como técnica habitual en el Derecho internacional, me remito a las consideraciones generales vertidas en mi trabajo *Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (A partir de la Sentencia del TEDH sobre el caso Malone)*, núm. 112 de esta REVISTA, 1987, págs. 61-105.

(64) Por Instrumento de 26 de septiembre de 1979, publicado en el «BOE» del día 10 de octubre.

rechos nacionales prevean, para casos similares, la exigencia de las responsabilidades oportunas.

b) Tal se confirma si se observa que los apartados a), b) y c) del artículo 2.2 remiten, en definitiva, a las legislaciones internas; éstas podrán modular el alcance de las excepciones en el nivel nacional, pero cabe afirmar que, formando parte el Convenio del ordenamiento interno, no es posible la incorporación de otras nuevas. La interdicción de interpretaciones restrictivas de los derechos y libertades que el artículo 60 del Convenio impone al legislador nacional avala la conclusión anterior permitiéndose, en buena lógica, interpretaciones más garantistas; así, en el caso del artículo 2, el derecho español no necesariamente ha de recoger todas las excepciones que establece el Convenio, pudiendo configurarse un régimen jurídico del derecho a la vida que no soporte la causación lícita de la muerte en términos tan amplios como los previstos en el Convenio.

Es imprescindible, pues, acudir al ordenamiento interno (65) sin menoscabo de la función que la Convención de Roma y el Tribunal de Estrasburgo vienen desempeñando en la protección y definición de los derechos en el ámbito del Consejo de Europa (66), función de enorme relevancia en la medida en que conduce al establecimiento de pautas generales, de niveles mínimos a observar por los legisladores nacionales.

(65) Señala QUERALT (*Coacción directa y justificación*, cit., pág. 120) que el artículo 60 del Convenio, en relación con el 2.2, implica que «si una determinada facultad policial delimitadora de cierto derecho fundamental de la persona —cual es aquí la vida— no se hallara vigente o no estuviera reconocida con rango de ley, las permisiones del artículo 2.2 CEDH no establecen nuevas limitaciones, sino que, únicamente, caso de serles preexistentes, las respaldan, pero que por el hecho de la incorporación de la citada Convención al derecho interno, no las crean».

(66) Sobre la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su labor de protección de los derechos reconocidos en el Convenio, así como la incidencia de sus decisiones en las legislaciones nacionales, véase el librito, breve pero muy ilustrativo, del *greffier* del propio Tribunal, Marc-André EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 1985, *in totum*, para el mecanismo de la justicia de Estrasburgo, y págs. 96 y ss., para el tema en concreto de la eficacia de las Sentencias del Tribunal. Un buen comentario introductorio a la lectura, por otra parte muy sencilla, del libro de EISSEN es el rubricado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en la «REDC», núm. 18, 1986, págs. 269 y ss. Para un ejemplo de la aludida eficacia de la jurisprudencia del Tribunal, más relevante si cabe dado que opera sobre el derecho británico, tradicionalmente refractario o cauteloso frente a la jurisdicción de Estrasburgo, vid. la primera parte de mi estudio, ya citado, *Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad*, especialmente en lo relativo a la influencia de la Sentencia MALONE sobre la *Interception of Communications Act* de 1985.

2.3. *Dos resoluciones internacionales sobre la policía.*

Los textos que ahora van a ser objeto de referencia carecen de cualquier fuerza normativa vinculante; lejos de imponer un régimen jurídico, buscan simplemente influir en las legislaciones internas, lo que puede parecer poco operativo, pues remite a la sensibilidad de cada Estado, pero que, al menos en lo que a nuestro país se refiere, ha hallado el eco oportuno, como la demuestra la invocación expresa de las Resoluciones que seguidamente van a ser aludidas en el apartado II, A), del Preámbulo de la LOFCS, invocación que no es puramente formal, pues su ascendente en el importantísimo artículo 5 de la misma Ley Orgánica es de todo punto evidente.

1. La primera de ellas es la Resolución 690, de 8 de mayo de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por la que se aprueba la llamada *Declaración sobre la Policía*. Concretamente nos interesa recordar ahora su artículo A.13, que se limita a disponer que «es necesario dar a los funcionarios de policía instrucciones claras y precisas sobre la manera y las circunstancias en las cuales deben hacer uso de las armas».

Sin perjuicio de compartir el espíritu que anima al precepto citado —evitar que el uso de las armas no esté regulado o lo esté en forma imprecisa—, no se encuentra razón suficiente para explicar la abultada remisión que el mismo opera a los derechos nacionales, máxime si se contrasta este criterio con la atención que la Resolución 690 presta a otros aspectos de lo policial. Hay, pues, una inhibición cuyos motivos se encuentran sujetos al interrogante, sin que la lectura del *Informe de la Comisión de Cuestiones Jurídicas* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa desvele el misterio (67).

Pese a ello, no debe ocultarse lo que de expresivo de un determinado talante tiene el artículo A.13, especialmente si es leído en el conjunto de la Resolución y conforme al sentido general de la misma. Quizá lo delicado de la materia haya influido en la Asamblea

(67) Pues se limita, en efecto, a afirmar lo siguiente: «la Comisión de Cuestiones Jurídicas no ignora que los policías ordinarios de Irlanda y del Reino Unido no están armados. Este artículo (el A.13) no les es, pues, aplicable. De todos modos, como hay también policías armados en esos dos países y como, de forma general, los de los otros Estados lo están, el artículo puede ser útil». Vid. el volumen Consejo de Europa, *Declaración sobre la Policía. Informe de la Comisión de Cuestiones Jurídicas. Textos aprobados por la Asamblea Parlamentaria*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1979, pág. 45.

Parlamentaria, pero subsisten ciertas dudas en torno a si ello es argumento suficiente para explicar la ausencia de todo indicio sustantivo en la redacción del precepto citado.

2. Fuera del ámbito regional europeo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, por Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, el *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (68), denominación, por cierto, muy expresiva del objeto de la función policial y que responde al tradicional concepto anglosajón de *law enforcement* o de *enforcement of the law*. El artículo 3 del citado *Código* alude expresamente al empleo de la fuerza en general (69), arrojando algo de luz sobre el ámbito concreto del uso de las armas el apartado c) del comentario al precepto mencionado:

«el uso de las armas de fuego se consideran una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible para excluir el uso de las armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando otras medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego deberá informarse inmediatamente a las autoridades superiores».

Se ofrecen, pues, pautas interpretativas más o menos precisas y con las que vienen a coincidir algunos extremos de la legislación portuguesa antes reseñada, pautas que, incidentes sobre el sector específico del uso de las armas, han de verse, a su vez, condicionadas por los principios de excepcionalidad en el uso de la fuerza y

(68) Adviértase que el último párrafo del Preámbulo de la Resolución explicita bien a las claras el verdadero valor de la misma: «La Asamblea General (...) aprueba el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que figura en el anexo a la presente Resolución y decide transmitirlo a los Gobiernos con la recomendación de que consideren favorablemente la posibilidad de utilizarlo en el marco de la legislación o la práctica nacionales como conjunto de principios que han de observar los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.»

(69) «Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas.» Una reflexión sobre el significado de este precepto, en Antonio BERISTÁIN IPIÑA, *La Institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano*, «RVAP», núm. 3, 1982, págs. 74 y 75.

de proporcionalidad en los que se enmarca el problema más amplio de las formas coactivas policiales (70).

3. *El ámbito legislativo genérico: la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*

Aunque el «ámbito legislativo genérico» —comprensivo del núcleo jurídico positivo del uso de las armas— está integrado por la LOFCS y por el Código Penal, la diversidad sustantiva de cada una de las dos normas y de los aspectos que cada una de ellas contemplan impone el análisis por separado de las mismas, sin que de ello haya de seguirse su incomunicabilidad.

Verdadero *código deontológico* aplicable a todas las policías del país, el artículo 5 de la LOFCS contiene los llamados «principios básicos de actuación» de las fuerzas y cuerpos de seguridad (71), principios en los que el uso de las armas de fuego no podía ser soslayado; y así, en el apartado *d*) del párrafo 2 del citado artículo 5 —bajo la rúbrica dudosamente exacta de «relaciones con la comunidad»— se afirma que los agentes de policía

«solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un

(70) Apartado *a*) del *Comentario* al artículo 3: «en esta disposición se subraya que el uso de la fuerza debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesaria, según las circunstancias, para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda de esos límites». Apartado *c*): «el derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objetivo legítimo que se ha de lograr».

(71) Código Deontológico cuyos precedentes se encuentran en la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981 («BOE» del día 2 de octubre), que contiene los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establecidos por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, reconociendo, paralelamente, la necesidad de que sea una norma con rango legal adecuado la que regule las cuestiones a las que provisionalmente vino a atender la Orden calendada.

grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el párrafo anterior»,

esto es, los principios de proporcionalidad, congruencia y oportunidad.

En principio, abstracción hecha de otras cuestiones, cabe afirmar que quizá el precepto transcrito no ha satisfecho las esperanzas que suscita la exigencia contenida en el apartado II del Preámbulo de la LOFCS, donde se propugna el «establecimiento de límites [al uso de las armas] y la consagración de principios sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y supuestos claros que la legitimen, con carácter excluyente». No se trata sólo de la inadecuación entre texto y Exposición de Motivos, no se niega tampoco la progresividad de las previsiones del artículo 5.2, *d*) —progresividad evidente si se la compara con otras normaciones de las que la célebre «Cartilla» de la Guardia Civil es ejemplo paladino—, lo que se afirma, por el contrario, es que el precepto en cuestión bien pudiera haber sido más preciso o afinado, pues, como vamos a comprobar, lucen en él ciertos aspectos no muy cuidados.

i) Sería descabellado interpretar la expresión legal «deberán» en el sentido de una obligación, pero quizá hubiera sido más oportuno incorporar lo facultativo como regla: «podrán»; máxime cuando el adverbio «solamente», precediendo a «deberán», parece indicar que los agentes de policía *pueden* utilizar las armas en otras circunstancias diferentes a las del artículo 5.2, *d*). El tema no es muy relevante, pero hay que reivindicar que también los pequeños detalles son importantes, debiendo ser tenidos muy en cuenta, más allá de la mera técnica legislativa, especialmente en la materia que nos ocupa.

ii) Utilícese un potestativo o un imperativo, el margen de apreciación ínsito a la tarea policial cobra aquí especial relieve: el agente ha de subsumir el supuesto de hecho real en las previsiones de la norma mediante un juicio que ha de estar presidido por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad, aunque es este último el más importante; ello no significa que deba presumirse que en todo caso el uso de las armas es oportuno, sino que la oportunidad se predica de la intervención policial en abstracto, no de los medios en que se manifiesta. Lógicamente, si la acción de la

policía de seguridad es inoportuna, cualquier medio coactivo que se lance, por mínimo que sea, es desproporcionado.

Por lo demás, cualquier aproximación al problema del uso de las armas ha de venir marcada por la restricción, reconociendo que en este ámbito la apreciación policíaca debe articularse más cautelosamente que nunca y que no necesariamente la exención de responsabilidad criminal supone la necesidad verdadera de haber acudido a las armas. Una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad, tan invocado por la doctrina (72), impone incontestablemente una lectura restrictiva de la posibilidad legal del empleo de las armas en el sentido de su excepcionalidad.

iii) Nada de lo dicho empece a considerar que el tenor de la Ley, «utilizar las armas», significa materialmente dispararlas. No existe obstáculo alguno a la aceptación de que es posible la ostentación de las armas a título intimidatorio —lo cual no deja de ser una forma distinta de coacción— o como medida precautoria, en el bien entendido de que ello sólo es aceptable en situaciones de alto riesgo físico, objetivamente perceptible, para el funcionario o para terceros. A nadie se le escapa que la ostentación del arma reglamentaria puede actuar sobre la voluntad del sujeto pasivo de la acción policial, evitándose así mayores violencias. Debe recalcarse que la exhibición del arma no debe ser gratuita, pudiendo constituir un supuesto de falta grave en los términos del artículo 208.26 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, tal y como resulta de la mo-

(72) El principio de proporcionalidad en materia de policía ha sido reiteradamente destacado por la doctrina, aunque, en no pocas ocasiones, desde la perspectiva del análisis de la acción de policía en general, perspectiva que es la que anima el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., pág. 105; GARRIDO FALLA, *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, cit., págs. 20 y 21; André DE LAUBADERE, *Traité de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1973, vol. I, pág. 573; Jean CASTAGNE, *Le controle juridictionnel*, cit., págs. 45 y 46; Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, Sirey, 1919, pág. 566; Otto MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, cit., págs. 29 y 30; Ernst FORSTHOFF, *Traatado de Derecho Administrativo*, Madrid, IEP, 1955, pág. 400, por nota. Podrían citarse muchos más autores que de una forma u otra invocan el principio de proporcionalidad, pero los aludidos son suficientemente expresivos del consenso en este punto. Nuestro ordenamiento jurídico acoge expresamente en el artículo 5.2, c), LOFCS la proporcionalidad policial, ya exigida por el Tribunal Supremo en la importantísima *Sentencia de 18 de enero de 1982*, a la que en su momento se hará cumplida referencia. Si el muestreo doctrinal reseñado refiere la proporcionalidad a la actividad de policía en general, aunque en algunos casos más concretamente a la coacción directa, no hay que pasar por alto las reflexiones que al principio de proporcionalidad, conectado exclusivamente con la policía de seguridad, dedica Joan Josep QUERALT, *El policía y la ley*, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, págs. 115 y 116 especialmente.

dificación operada por el RD 1346/1984, de 11 de julio, sobre Régimen Disciplinario del Cuerpo Superior de Policía, que la Disposición adicional 4.^a, apartado 2, de la LOFCS extiende al Cuerpo Nacional de Policía, resultante de la unificación orgánica que la Ley opera. Falta grave, pues, que encuentra parangón en el artículo 152.19 del Reglamento de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 15 de junio de 1982. Por lo demás, ni que decir tiene que entre la exhibición justificada del arma y el disparo media un abismo de motivos y circunstancias.

iv) El artículo 5.2, *d*), de la LOFCS no autoriza a disparar a matar, ni siquiera a disparar sobre una persona. El fuego puede también ser instrumento conminatorio o de advertencia, pudiendo considerarse cabalmente que este empleo de las armas ha de preceder a otros mucho más dañinos. En cualquier caso, la necesidad imperiosa de disparar contra una persona —en los casos que más adelante se analizarán— no sólo ha de calificarse de excepcional, sino que ha de tenerse bien presente que en ningún momento parece la obligación policial de poner a los presuntos delincuentes a disposición de la autoridad judicial, tampoco en los casos de riesgos muy graves para la seguridad ciudadana o para la persona del agente o de terceros. De ello se desprende que el resultado fatal derivado del uso de las armas es, como regla, impensable; pero, como regla que es, puede admitir algunas excepciones en supuestos extraordinarios y muy contados, verdaderamente críticos.

El artículo 5.2, *d*), de la LOFCS no da para mucho más, por el momento, pues antes de atender a los supuestos de hecho que en él se contemplan es preciso —dada la identificación entre uso lícito de las armas y ausencia de antijuridicidad desde el punto de vista penal— determinar la causa de justificación aplicable al empleo material de las armas de fuego. Sin mengua de las responsabilidades disciplinarias que del mismo puedan derivarse (73) en los términos procedimentales establecidos en el artículo 8.3 LOFCS (74), resulta

(73) Diversas faltas disciplinarias guardan relación con las armas de fuego, sea concretamente, sea desde la óptica global del abuso de la fuerza policíaca; así, ejemplo de lo primero es el apartado 27 del artículo 208 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, vigente en materia disciplinaria en los términos que han sido señalados en el texto, o el artículo 152.19 del Reglamento de la Policía Autónoma Vasca. Ejemplo de lo segundo son las diversas faltas graves o muy graves que responden a conceptos tales como abuso de las atribuciones policiales, producción de daños manifiestamente innecesarios, condena por delitos dolosos o similares.

(74) «La iniciación de un procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gu-

cardinal la dilucidación de la causa de justificación susceptible de amparar el uso de las armas, problema que seguidamente va a ocuparnos no sin antes aludir sucintamente al requisito, presente ya en MAYER, como se recordará, de que el funcionario ha de hacer uso de su arma reglamentaria.

v) Nuestro derecho histórico conoce, en la Orden del Ministerio de la Gobernación de 21 de julio de 1934, un ejemplo prototípico de permisividad a los miembros de la policía para portar su arma reglamentaria en situación franca de servicio (75). Hoy las previsiones parecen obedecer a vientos distintos, aunque el citado RD de 11 de julio de 1984 considera posible utilizar el arma reglamentaria fuera de servicio en casos de legítima defensa (76). La provisión del arma reglamentaria en los actos de servicio es una obligación indudable, a tenor del artículo 208.26 del Reglamento de Régimen Disciplinario, según resulta de la incidencia del RD de 11 de julio de 1984 (77); la duda se suscita en torno a si pesa sobre los miembros de la policía la obligación de portar el arma reglamentaria fuera de servicio, especialmente si se tiene en cuenta que la LOFCS los sujeta, en su artículo 5.4, a la llamada situación de servicio permanente.

Prima facie, del Reglamento de Armas aprobado por RD 2179/1981, de 24 de julio, no se desprende otra cosa que, además del arma reglamentaria, los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado

bernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración.» Es decir, se establece la preeminencia y prioridad del conocimiento penal de los hechos, en línea con la opinión expuesta por SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, EDESA, 1985, págs. 142 y ss.

(75) La Orden de 21 de julio de 1934 considera que «autorizados los individuos del Cuerpo de Seguridad para vestir de paisano en las horas francas de servicio, y siendo reconocidos como tales Agentes de la Autoridad por maleantes y extremistas, éstos, aprovechando la circunstancia de que muchos de aquéllos suelen vivir en barriadas situadas en el extrarradio de las poblaciones y en la seguridad de que no llevan armas cuando visten de paisano, les hacen objeto de agresiones, como lo comprueban los repetidos casos en que dichos atentados se producen.

»Por otra parte, se mejoraría notablemente la seguridad pública con el auxilio eficazísimo que los mencionados individuos del Cuerpo de Seguridad podrán prestar a los ciudadanos en todo momento, aun yendo de paisano, si fuesen provistos de su pistola reglamentaria». La Orden concluye autorizando a los agentes para que, francos de servicio y sin otro justificante que su tarjeta de identidad, porten su arma reglamentaria.

(76) Así, en el ya citado artículo 208.27, tipificando como falta grave el empleo fuera de servicio del arma reglamentaria a no ser en legítima defensa.

(77) Idéntica solución se aprecia en el artículo 152.18 del Reglamento de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

pueden poseer otra arma corta, o dos si se trata de oficiales (artículo 110), sin que nada indique que aquella puede o debe portarse fuera de servicio; empero, la previsión del artículo 208.27 del Reglamento del Régimen Disciplinario parece consentir que el policía estatal porte su arma reglamentaria estando franco de servicio. Mucho más clara está la cuestión para las policías autonómicas y locales, pues el artículo 6 del RD 768/1981, de 10 de abril, impone a los efectivos de las mismas el depósito, siempre que sea posible, de las armas reglamentarias en locales habilitados al efecto «al finalizar su servicio normal y, en todo caso, siempre que por cualquier otra circunstancia se encuentren fuera de servicio», disponiendo el artículo 2 del RD 740/1983, de 30 de marzo, que los agentes de policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales podrán disponer de otra arma en los casos especiales que se determinen por las autoridades correspondientes (78).

En definitiva, los términos del problema se reducen a los siguientes: obligatoriedad de usar el arma reglamentaria en actos de servicio y posibilidad de portarla y emplearla, al menos para la policía estatal, fuera de él. ¿Qué consecuencias jurídicas se derivan si un funcionario de policía dispara un arma de fuego que no es la reglamentaria estando franco de servicio? Presuponiendo que el arma no excede del calibre permitido ni se escapa a las características normativamente determinadas y que no está incluida en el catálogo de armas prohibidas, resulta, a mi juicio, indiferente que el agente haga uso de su arma reglamentaria o de otra arma corta de fuego debidamente autorizada; lo decisivo, la medida de la licitud de su actuación, es si obra o no amparado por la situación de servicio permanente, por la dedicación profesional, en suma. De no ser así, el agente actúa como un particular, con evidentes efectos en relación con la eximente aplicable, aunque también afectado por ciertas secuelas disciplinarias (79) (80).

(78) Coherentemente con tal previsión, y también con esa puerta abierta a la imposibilidad material de depositar las armas a que alude el artículo 6 del RD 768/1981, de 10 de abril, del Reglamento de la Policía Vasca no se deduce, al contrario que en el caso de la del Estado, que el funcionario pueda portar su arma reglamentaria fuera de servicio, aunque la redacción abierta del artículo 152.19 podría acoger tal supuesto si concurre la imposibilidad del depósito que impone el artículo 6 del RD 768/1981.

(79) Como lo demuestra la ya citada consideración de falta muy grave de cualquier conducta constitutiva de delito doloso (arts. 27.3, a), LOFCS y 151.2 del Reglamento de la Policía Vasca). Lógicamente, si el agente actúa como un particular desaparecen las peculiaridades de fuero establecidas en el artículo 8 de la LOFCS.

(80) Las armas de fuego tienen también relevancia en relación con otras faltas

4. Continuación: la causa de justificación penal

La redacción del artículo 5.2, *d*), de la LOFCS suscita ciertas dudas en punto a la aplicabilidad o no de la eximente de legítima defensa (81) a la actuación policial, aplicabilidad favorablemente considerada por un importante sector de la doctrina penalista con anterioridad ya a la vigente Ley policial (82). La cuestión, como es lógico, tiene sentido exclusivamente cuando en el curso de una acción policial concurren los requisitos que ordinariamente dan lugar a la apreciación de la causa de justificación número 4 del artículo 8 del Código Penal (83), pues fuera de ello es clara la aplicabilidad de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (84).

En principio, la legítima defensa no tutela bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o comunitaria (85), como sería el caso de los protegidos por la policía de seguridad sin perjuicio de que, *prima facie*, sea la vida o integridad física del agente o de terceros

disciplinarias ajenas al empleo de aquéllas; así, se cataloga como falta grave el extravío del material del servicio por negligencia (art. 208.28 del Reglamento Orgánico), o como falta muy grave el «prestar o ceder el arma de servicio a un particular o ser víctima, por negligencia, de sustracción de sus armas» (art. 151.12 del Reglamento de la Policía Vasca).

(81) A tenor de este precepto, parece vincularse el uso de las armas de fuego a supuestos clásicos de la legítima defensa propia o de terceros, causa de justificación contenida en el artículo 8.4 del Código Penal, que considera exento de responsabilidad criminal a quien obre «en defensa de la persona o derechos propios o ajenos», siempre que concurren una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

(82) Así lo refleja CEREZO MIR, *Cumplimiento del deber por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones*, ponencia presentada a las Jornadas de Estudios Penales en homenaje al profesor SAINZ CANTERO, Granada, marzo de 1987. Aunque el trabajo citado va a ser publicado en breve tras la redacción de estas líneas, manejo una versión policopiada del mismo gracias a la amabilidad de su autor. De igual modo, QUERALT (*El policía y la ley*, cit., pág. 23) denuncia el «craso error que se basa en la consideración de que el policía tiene derecho a la *legítima defensa* cuando la causa de justificación que le cubre es el *ejercicio del cargo*», error que, a su juicio, ha influido en la redacción del 5.2, *d*), LOFCS.

(83) Para una exposición de tales requisitos, vid. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Madrid, Tecnos, 1985, vol. I/1, págs. 416 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1981, págs. 536 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, págs. 365 y ss.

(84) Artículo 8.11 del Código Penal: «Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 11.ª El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.»

(85) Así, CEREZO MIR, *Curso*, cit., pág. 417; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, cit., págs. 536 y 538; MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., págs. 365 y 372.

lo que se encuentre en peligro actual e inminente (86). Tal escollo podría salvarse si se advierte que, en ocasiones, el bien jurídico agredido es la vida o la integridad del agente con absoluta desconexión de otras finalidades: atentados terroristas, por ejemplo. Pero, aun en estos casos, es la tarea policial la que prevalece en la medida en que ella misma es el objeto de la agresión, no el policía en tanto que ciudadano (87); y si ello puede afirmarse de tales supuestos, con mayor razón de los demás, de aquellos en que la vida o integridad del agente se encuentra en un riesgo grave en el curso del desempeño de sus funciones (por ejemplo, una detención).

Como es sabido, en la legítima defensa se exige la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, lo que no se identifica con la proporcionalidad, sino con el recurso al medio menos lesivo de los que se encuentren al alcance del agredido; si ello se verifica, la defensa puede ir tan lejos como sea necesario (88). No es preciso insistir en que semejante criterio no es aplicable a la actuación policial, pero tampoco debe desdeñarse que el propio artículo 5.2, *d*), de la LOFCS invoca expresamente, por remi-

(86) Sin perjuicio de que quien defiende a otros o se defiende está impidiendo, a la vez, que se menosprecie el ordenamiento jurídico (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 536; MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 365, aunque ambos autores conectan la legítima defensa con bienes jurídicos individuales). Por su parte, CEREZO MIR (*Curso*, cit., pág. 417) considera que los bienes jurídicos supraindividuales cuyo portador es el Estado como órgano del poder soberano, y cita expresamente a la seguridad interior, no son susceptibles de legítima defensa. El tema se reconduce, pues, a precisar si la garantía policial de la seguridad, función pública que no casa con la aplicación de la legítima defensa, sigue prevaleciendo, a los efectos de la causa de justificación que debe apreciarse, cuando el peligro actual e inminente amenace al agente o a terceros. En cualquier caso, considero con QUERALT (*El policía y la ley*, cit., pág. 243) que lo que entra en juego cuando un policía ha de hacer uso lesivo de su arma es, en primer lugar, la defensa del propio orden jurídico.

(87) QUERALT (*op. últ. cit.*, pág. 243) afirma que, al igual que ocurre con los militares, parte esencial de la profesión policial consiste en arriesgar su propia integridad. El argumento no es del todo convincente en la medida en que no es del todo decisivo, por lo que considero más adecuado enfatizar que, en todo caso, es el ordenamiento jurídico el bien prevalente en la actuación policial. Cierto es que la redacción del artículo 104.1 de la Constitución parece no seguir este criterio, al menos en una lectura literal, pero el colocar al ordenamiento jurídico en el centro de la misión de la policía es, a mi juicio, lo más adecuado, como han sostenido, por otra parte, los autores que más lúcidamente se han aproximado a la problemática policial; vid., *ad exemplum*, Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, cit., págs. 318 y ss.; RANELLETTI, «La polizia di sicurezza», en V. E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milán, Società Editrice Libreria, 1904, vol. cuarto, parte prima, págs. 278 y ss. Como puede comprenderse, considerar que el fin policial es la conservación del ordenamiento jurídico o su restauración material y no jurisdiccional tiene gran relevancia en este aspecto concreto de la exigente aplicable.

(88) CEREZO MIR, *Curso*, cit., pág. 437; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, cit., pág. 543; MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pág. 373.

sión al apartado c), el principio de proporcionalidad. ¿Quiere esto decir que la LOFCS consagra la legítima defensa corregida por el principio de proporcionalidad? Al margen de que la respuesta negativa viene impuesta por las técnicas habituales de resolución de los concursos de leyes (89), la exigencia de proporcionalidad en la actuación policial forma parte de la esencia de la misma en tanto que manifestación del poder público; no otra cosa cabe deducir de los artículos 9.3, 53.1, 103.1 y 104.1 de la Constitución; la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1982 despejó cualquier duda al respecto (90), y la doctrina, como ya se ha advertido, es unánime en este punto. Por lo tanto, la recepción legal expresa del principio de proporcionalidad de la acción policial, en todo caso y especialmente en el uso de las armas, difícilmente puede tergiversar el esquema de las causas de justificación, pues no añade nada que no estuviera virtual o positivamente incluido en la naturaleza de la actuación de las fuerzas de seguridad; y, en buena lógica, si la policía ha de actuar proporcionadamente en todo caso, parece más oportuno apreciar la eximente que encierra en su seno, en tanto que requisito ineludible, la exigencia de proporcionalidad: en una palabra, la causa de justificación número 11 del artículo 8 del Código Penal.

La apreciación de la eximente citada excluye la antijuridicidad de una conducta que, en otro caso, constituiría delito. Se trata de una causa de justificación que ampara ciertos deberes profesionales cuyo desempeño pasa por el cumplimiento de obligaciones directamente derivadas de la Ley (91), Ley que no sólo puede imponer el deber específico de lesionar bienes jurídicos (92), sino también otro tipo de deberes, como el de comparecer y declarar como testigo ante los Tribunales (93); obviamente, este último supuesto queda fuera de la presente exposición. Siguiendo en este punto a CÓRDOBA RODA y a RODRÍGUEZ MOURULLO (94), ¿qué requisitos se exigen para la apreciación de la eximente en relación con el uso de la violencia?

(89) Así, CEREZO MIR, *Cumplimiento de un deber*, cit.

(90) Aranzadi 346, Ponente: Magistrado DÍAZ EIMIL. Véase más adelante una mención más detallada a esta Sentencia en el epígrafe V, en sede del análisis del uso de las armas por la policía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad.

(91) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 490.

(92) Así, MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 415.

(93) Como destacan CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO en la pág. 360 de sus *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972, vol. I.

(94) *Ibidem*, págs. 367 y ss.

i) En primer lugar, un *mandato legal* comprensivo de ciertas funciones cuyo desempeño puede requerir del uso de la fuerza.

ii) La necesidad de este último —susceptible de reflejarse en la comisión de acciones típicas— tiene una doble vertiente: obrando en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas, debe considerarse la necesidad de la violencia *en abstracto* o en sí misma considerada y necesaria para el cumplimiento de un deber sin que sea precisa una agresión ilegítima (95).

iii) Con posterioridad, debe atenderse a la violencia *en concreto*, a la expresión violenta específica que ha de emplearse en un caso determinado para la realización del deber legal o constitucional, en el bien entendido de que antes se ha apreciado la necesidad de la violencia en abstracto.

iv) Rige plenamente el principio de proporcionalidad, siendo, en definitiva, las circunstancias del caso concreto la medida misma de aquél, pudiendo aplicarse la eximente completa o la incompleta en función de la adecuación o no del medio violento empleado sujeta la necesidad de la violencia de abstracto.

La eximente sólo puede invocarse en relación con actuaciones policiales en defensa de la seguridad ciudadana estatuida por el ordenamiento y de la incolumidad de los intereses y bienes ajenos por los que las fuerzas de policía han de velar (96), abarcando lógicamente los supuestos incluidos en la situación de servicio permanente (97), esto es, en la ya aludida dedicación profesional del artículo 5.4 LOFCS. En consecuencia, sólo en el ejercicio de su función legal puede el agente apreciar la necesidad de la violencia en abstracto; a partir de ahí, el lanzamiento de la violencia en concreto sólo será jurídico, y me refiero al uso de las armas, en los supuestos previstos en el artículo 5.2, *d*), de la LOFCS, modulados por un criterio de excepcionalidad expresado en parámetros de racionalidad y

(95) CEREZO MIR, *Cumplimiento de un deber*, cit., destacando que hasta la Sentencia de 20 de octubre de 1980 (Azdi. 3720) el Tribunal Supremo había exigido, en ocasiones, el requisito de la agresión ilegítima a los agentes o a un tercero para que los primeros pudieran hacer uso de la violencia.

(96) Cfr. MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 418.

(97) En este sentido, CEREZO MIR, *Cumplimiento de un deber*, cit. Sobre la interpretación jurisprudencial del concepto de servicio permanente, véanse las Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1981 (Azdi. 3881, Ponente: LATOUR BROTONS) y de 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955, Ponente: COTTA Y MÁRQUEZ DE PRADO), en las que la dedicación profesional se analiza en relación con sendos delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

de un uso de las armas objetivamente imprescindible para el correcto desempeño de la función legal. Como es natural, todo lo anterior viene condicionado por la presunción en todo caso de que el funcionamiento de policía goza de una pericia y formación profesional adecuadas, extremo que en ningún momento debe olvidarse.

A través de este proceso de ponderación ha de cubrirse tanto la necesidad de la violencia en abstracto como en concreto, cobrando a partir de ahí relevancia el principio de proporcionalidad que, por lo mismo, opera en el específico despliegue de los medios violentos determinando la apreciación de la eximente completa o incompleta. Ya se ha señalado que si el empleo de la coacción no es necesario, todo medio de compulsión es desproporcionado *per se*; ello tiene cierto parangón en el ámbito penal, pues si la violencia en abstracto no es necesaria no se aplica la eximente completa ni la incompleta (98). Ahora bien, ¿puede mantenerse en todo caso que si la necesidad de la violencia en abstracto existe ha de apreciarse, cuando menos, la eximente incompleta? Pensando en el uso de las armas de fuego, quizá fuera conveniente flexibilizar un tanto la regla en función de las circunstancias concretas de cada caso en el sentido de considerar que si el uso de las armas es acusadamente inidóneo o desproporcionado, que a todas luces otro medio menos violento hubiera sido suficiente o que el uso de las armas no ha respetado en absoluto el principio de proporcionalidad, podría no apreciarse ni siquiera la eximente incompleta. Es una cuestión que compete resolver a los penalistas, pero que apunto abundando en ese criterio de excepcionalidad, tantas veces traído a colación aquí, que debe inspirar el uso legal de las armas. Criterio de excepcionalidad que no significa ni la desprotección jurídica de los miembros de la policía ni menoscabo alguno de la presunción de inocencia que constitucionalmente les ampara.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es altamente indicativa del alcance real de la eximente número 11 del artículo 8 del Código Penal aplicada a las fuerzas de seguridad, recalcándose principios tales como los de la limitación implícita de la menor lesividad posible, la necesidad e idoneidad del medio empleado (99) o, incluso,

(98) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., pág. 375.

(99) Así, las Sentencias de 20 de octubre de 1980 (Azdi. 3720, Ponente: VIVAS MARZAL), de 24 de febrero de 1983 (Azdi. 1719, Ponente: HIJAS PALACIOS), de 30 de marzo de 1983 (Azdi. 2219, Ponente: GARCÍA MIGUEL) o de 28 de enero de 1984 (Azdi. 430, Ponente: GIL SÁEZ).

el de la destreza probada en el uso de las armas de fuego, destreza que impide disculpar «un craso error de tiro» (100). Mención aparte, por la resonancia social de los hechos y por las conclusiones a que llega el Alto Tribunal, merece la sentencia de 16 de mayo de 1983 (Azdi. 2710, Ponente: MOYNA MÉNGUEZ), cuyo substrato fáctico no es otro que el tristemente célebre «caso Almería». Sin atender al problema de los hechos que pudieron quedar o no probados, en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, tanto la acusación particular como la defensa alegaron la indebida aplicación del artículo 8.11 del Código Penal, la primera estimando que no debiera haberse aplicado la eximente incompleta y la segunda aduciendo que debiera haberse apreciado la completa.

El TS resuelve la cuestión en forma, quizá, correcta dogmáticamente, pero que no deja de suscitar ciertas dudas si no se pierden de vista las circunstancias del caso. Sosteniendo la tesis de que puede faltar la adecuación del medio empleado, sin que por ello desaparezca la eximente en su versión incompleta, el TS afirma, en el considerando 6.º de la sentencia, lo siguiente:

«Que no existe duda razonable —a la luz de lo expuesto— sobre la necesidad de usar la fuerza o la violencia (...); empero, la cuestión reside —pasando al tema de la adecuación de los medios— en la elección de los racionales o proporcionados al caso, y en este punto, si bien en las representaciones mentales del acusado pudieron operar la peligrosidad supuesta de los sujetos, la gravedad de las sospechas que sobre ellos pesaban, la presumible acción violenta que habría tenido lugar en el interior del vehículo y la realidad de las circunstancias de la oscuridad, topográficas y climatológicas, favorecedoras de un propósito de fuga, responsable del servicio de conducción y de la “custodia” de los detenidos, no podía ignorar que disponía a sus órdenes en el lugar y en el momento de diez miembros de la Guardia Civil provistos de armas de acción rápida y eficaz, situados detrás y delante del coche, con posibilidad de un despliegue operativo inmediato, provistos de vehículos aptos para una pronta persecución, y que unos dis-

(100) Sentencia de 19 de diciembre de 1980 (Azdi. 4279, Ponente: MOYNA MÉNGUEZ).

paros intimidatorios dirigidos a las ruedas o partes bajas hubieran bastado para inmovilizarle y dominar la situación, máxime cuando le constaba que los detenidos se hallaban desarmados y era descartable el evento de una acción concertada con el exterior dada la forma de la detención y la rapidez y el sigilo en la operación de traslado; por tanto, una tentativa de fuga, ya se le dé el valor de mera creencia o de realidad objetiva, no podía servir de sustento racional para una orden de disparar y para hacerlo simultáneamente en ráfagas cortas del subfusil que portaba dirigiéndolas contra el flanco izquierdo del coche y ángulo zaguero del mismo, a una altura que forzosamente habrían de incidir en el cuerpo de los ocupantes, poniendo en evidencia la intención homicida e incurriendo —consecuentemente— en un exceso intensivo de los medios ofensivos, desproporción e irrazonabilidad suficiente para desplazar la acción del campo de la causa de justificación y llevar el hecho al área de la culpabilidad»;

apreciándose, en consecuencia, la eximente incompleta de obrar en el ejercicio de un deber.

Ya he advertido que es un problema que deben resolver los penalistas, pero el considerando parcialmente transcrito ejemplifica la duda antes apuntada en orden a la apreciación en todo caso de la atenuante si se da la necesidad de la violencia en abstracto. Dejando al margen el problema del error, una desproporción tan acusada como la que se refleja en el supuesto fáctico de la sentencia de 16 de mayo de 1983 alimenta los recelos que inspira aquella apreciación automática, máxime cuando el propio Tribunal alude a una «intención homicida». El principio de proporcionalidad no soporta reducciones en casos de fuga (101), y mucho menos su desaparición pura y simple; de ahí que no se comprenda muy bien el mantenimiento incondicionado de la eximente incompleta si esa desaparición se produce o si la proporcionalidad queda convertida en mera fórmula retórica.

(101) Cfr. Joan Josep QUERALT, *El policía y la ley*, cit., pág. 239.

5. *Continuación: los supuestos en los que es posible el uso de las armas según el artículo 5.2, d), de la LOFCS*

i) «En situaciones en las que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas.» En casos tales, la medida del riesgo es la que determina la proporcionalidad que ha de observarse, riesgo que ha de ser objetiva y racionalmente grave y amenazar, sin duda, a los bienes jurídicos que en el precepto se citan, no a otros. La intensidad del riesgo predetermina la de la respuesta policial, pudiendo darse casos en los que, aun siendo racionalmente grave, basten disparos intimidatorios para alejarlo, jugando así, de manera verdaderamente decisiva, el margen de apreciación policial y la pericia profesional. De cualquier manera, si como principio general ha de procurarse no utilizar las armas de fuego salvo que sea estrictamente necesario, el disparo con resultado de muerte sólo es tolerable en el reducido círculo de circunstancias excepcionalísimas que, caracterizadas por una gravedad extrema que no es mera amenaza, sino realidad palpable, no pueden ser resueltas de otro modo. Reducido círculo que presupone que el agente de policía está preparado para afrontar situaciones límite sin tener que recurrir inmediatamente a la violencia armada. El que en ocasiones la realidad de la formación policial no avale esa presunción no permite descartarla, pues por encima de esa realidad, no imputable a los ciudadanos, transgresores de la ley o no, se encuentran los bienes jurídicos de la vida y de la integridad física.

ii) La LOFCS prevé, asimismo, el uso de las armas «en aquellas circunstancias que pueden suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana», circunstancias que no son, por lo tanto, las de un grave riesgo, al menos inmediato, para las personas. Se plantea, en relación con este supuesto, el dilema de precisar la magnitud suficiente de ese grave riesgo para la seguridad ciudadana que justifica el uso de las armas. ¿Lo está, por ejemplo, para impedir que se coloque una carga explosiva en una presa?, ¿y si el grave riesgo para la seguridad ciudadana no comporta objetivamente un eventual peligro para las personas? La cuestión está abierta al debate, no pareciendo conveniente apuntar soluciones apriorísticas porque, en buena lógica, el estudio meditado de las circunstancias de cada caso concreto será la fuente de los elementos de juicio necesarios para una respuesta adecuada. No obstante, sí que cabe aducir como criterio in-

dicativo que es dudoso que puedan utilizarse las armas de fuego si no existe un peligro mediato o inmediato para la vida o integridad física del agente o de terceros; es cierto que se trata de un criterio más bien especulativo que se explica en la actitud restrictiva del uso legal de las armas, tan reiterada en estas páginas, pero considero que no está de más partir de un postulado semejante al abordar el problema que nos ocupa puesto que no implica apartamiento del derecho positivo. Por lo demás, siendo la seguridad ciudadana un concepto laxo y comprensivo de múltiples aspectos, ha de procederse a una reducción drástica de las posibilidades del uso de las armas, sólo aceptable cuando un *grave riesgo* amenaza una vertiente verdaderamente esencial y socialmente trascendente de la misma; socialmente trascendente por su alcance real, no por la consideración subjetiva de la opinión pública o de un sector de ésta.

La doctrina acepta la apreciación de la eximente número 11 del artículo 8 del Código Penal cuando el agente de policía abre fuego sobre un transgresor que huye si no hay otro medio de lograr la detención y, además, el huído ha cometido un delito de capital importancia (102). A mi juicio, ello no acaba de resultar convincente, pues en no pocas ocasiones los criterios para determinar cuándo una persona ha cometido un delito de capital importancia pueden estar poco claros o distorsionados por la incidencia de factores extrajurídicos; pero, aun cuando la certeza en torno a este extremo sea absoluta, ¿parece oportuno permitir el disparo contra alguien que huye? La dinámica de la eximente así lo consiente, pero no ha de pasarse por alto que la proporcionalidad desempeña en este punto un papel preponderante, matizando, sin duda, la posibilidad de disparar contra el que huye (103), no diluyéndose en absoluto la necesidad de apreciar la violencia en abstracto y en concreto en los términos expresados con anterioridad.

Como se observa, no es fácil precisar de antemano el uso lícito de las armas, al margen de la sujeción del mismo a ciertos principios y de la influencia que sobre la interpretación de los textos ejerce una toma previa de postura compatible con la dicción legal. El problema se plantea especialmente en relación con supuestos dudosos en los que confluyen circunstancias complejas, que no son pocos en la práctica. La sensibilidad de los jueces y Tribunales en este

(102) Así, CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., pág. 373.

(103) Véanse las reflexiones de QUERALT en el lugar citado en la nota 101.

punto es primordial dada la imprecisión del marco legislativo; se trata, en definitiva, de la resolución de un conflicto de primera magnitud entre fines policiales y derechos fundamentales, resolución a la que no puede ser ajeno el dato de que la policía está constitucionalmente obligada a proteger el libre ejercicio de los primeros, obligación que no significa que por el hecho de serlo los presuntos transgresores de la ley vean reducido su derecho a la vida y a la integridad a una entelequia pura y simple.

El artículo 5.2, d), de la LOFCS (104) ofrece, pues, posibilidades limitadas para la delineación del régimen jurídico del uso legal de las armas; ¿se pueden pedir mayores precisiones?, de nuevo la duda como respuesta, duda que engarza con la constatación de MERKL de que lo que realmente identifica a la policía son las especialidades que se observan al serle aplicado el principio de legalidad (105). Evidentemente, éste no desaparece, antes bien, hay que potenciarlo, pero el grado de operatividad informadora del mismo sobre la acción de policía de seguridad es diferente al que ejerce sobre otras actuaciones de la Administración Pública, pues la naturaleza de lo policial es refractaria a la minuciosidad normativa. La realidad multiforme y proteica a la que se enfrenta la policía impone una cierta flexibilidad en las normas jurídicas, sin que ello arrastre la renuncia a unos principios claros y firmes que en todo momento han de ser observados. Fácilmente se comprende que tal circunstancia en-

(104) Al margen del artículo 5.2, d), LOFCS, nuestro ordenamiento prevé el uso concreto de las armas de fuego frente a las manifestaciones tumultuarias en el artículo 14 de la Ley de Orden Público de 1959, que debe ser puesto en conexión con el artículo 5 de la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Al margen de los problemas hermenéuticos y de identificación de los supuestos de hecho que este último precepto suscita, de la circunstancia de que en la LOP se contenga una específica previsión del uso de las armas no se deriva especialidad alguna respecto del régimen general, debiendo ser leída a la luz de la Constitución, de la LOFCS y de los fundamentos dogmáticos de la causa de justificación número 11 del artículo 8 del Código Penal, por lo que no merece la pena que nos detengamos en este momento a analizar la cuestión. Por último, es de destacar que en las leyes especiales que habilitan poderes exorbitantes del régimen común a la policía de seguridad (significativamente la LO 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio) no se precisa nada en relación con el uso de las armas, por lo que hay que entender que en las situaciones de especialidad y excepcionalidad por ellas contempladas no perecen los principios rectores del uso de las armas que hemos visto aplicables a las de normalidad.

(105) Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, cit., pág. 326, afirmando que esa especial aplicación del principio de legalidad se debe a que se atribuyen a la policía potestades discrecionales amplias y adecuadas, dando lugar a una mayor libertad del órgano dentro del marco de la ley, lo que es una conveniencia de política jurídica sugerida por el propio fin de la policía.

gendra una cierta sensación de impotencia al constatar que no todo, ni siquiera el uso de las armas, puede estar reglado; por eso lo importante es fijar criterios inamovibles y básicos a partir de los que resolver cada caso en función de las características del mismo y de esa actitud restrictiva y rigurosa tantas veces mencionada aquí; victoria pírrica si se quiere, pero victoria al fin y al cabo.

6. *El ámbito infranormativo: la Instrucción sobre el uso de las armas de fuego de abril de 1983*

Depara una sorpresa mayúscula descubrir que la regulación más minuciosa del uso de las armas se contiene en una Instrucción, instrumento jurídico que, en el mejor de los casos, sólo posee valor reglamentario. Evidentemente, no es que la Instrucción de abril de 1983 incorpore nuevas habilitaciones a la policía de seguridad —lo que, por cierto, ha sido enérgicamente rechazado con carácter general por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (106)—, sino que en ella se establecen pautas de comportamiento policial de enorme trascendencia. Forzoso es, pues, analizar detenidamente el contenido y naturaleza jurídica de la Instrucción citada, avanzando que, en todo caso, el ciudadano ha de estar protegido contra la privación o la injerencia en el ejercicio de sus derechos constitucionales, incluso cuando aquélla se fundamente en una Instrucción no reglamentaria (107); las consecuencias de la infracción de un instrumento jurídico de esta índole no pueden ser sólo disciplinarias cuando afectan a los derechos de los ciudadanos, circunstancia que habla por sí sola de la idoneidad de una Instrucción para regular según qué materias.

(106) Así, en la Sentencia de 25 de marzo de 1983 recaída sobre el caso *SILVER*, parágrafos 26 y 28.

(107) En tal sentido es de recordar cómo en Estados Unidos la *42 USC Section 1983* —que protege contra la privación de cualquier derecho garantizado por la Constitución o las leyes, asegurando la exacción de la oportuna responsabilidad patrimonial— no se aplica sólo en relación con actos o reglamentos en sentido jurídico-administrativo, sino que también pueden dar lugar a responsabilidad las instrucciones de funcionamiento intraorgánico en el ámbito municipal (vid. Enrique ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad por actos inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, «REDC», núm. 3, 1981, pág. 266). Lógicamente, se trata de un supuesto bien distinto al que va a contemplarse en el texto, pero lo traigo a colación para destacar cómo lo importante, lo sustantivo es la infracción de un derecho constitucionalmente reconocido, con independencia de que dicha infracción se funde en una circular jerárquica, pues las consecuencias de la vulneración no serán simplemente disciplinarias, como *prima facie* parece que debiera ser.

i) Quizá no resulte ocioso recordar que, por circulares e instrucciones (108), y a tenor de los artículos 14.3, 18 y 22.3, *d*), de la LRJAE y 7 LPA, hay que entender, *prima facie*, aquellas disposiciones que se deben a la potestad jerárquica de las autoridades administrativas que carecen de la reglamentaria y dictadas con la finalidad de ordenar y dirigir la actividad interna de los servicios que se encuentran bajo su dependencia. En tal sentido, la tradicional expresión francesa de *mesures d'ordre interieur* resulta especialmente indicativa (109).

Algún autor ha advertido la existencia de una grave antinomia en la regulación al respecto de la LRJAE: su artículo 23.2 admite la existencia de disposiciones de carácter general jerárquicamente inferiores a la Orden Ministerial, que habrán de publicarse en el «BOE» para producir efectos jurídicos, siendo que la potestad reglamentaria reservada al Ministro en las materias propias de su Departamento (art. 14.3) no es susceptible de delegación (110), sin olvidar que el artículo 27 de la propia LRJAE incluye a las circulares e instrucciones en el elenco de las «disposiciones de carácter gene-

(108) Adviértase de la dualidad terminológica utilizada habitualmente para identificar una única realidad jurídica; ello no evita que, como señalan BAENA DEL ALCÁZAR (*Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo*, núm. 48 de esta REVISTA, 1966, pág. 108) y BOQUERA OLIVER (*La publicación de las disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, 1960, pág. 72), estemos ante dos sustantivos distintos que se refieren a una misma cosa. No deja de resultar sorprendente la sinonimia si se recuerda, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Los poderes normativos del Banco de España*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», 13, 1984, pág. 1), que son términos indicativos de un instrumento jurídico de modesto nivel, informativo o aclaratorio; tal es así que algún autor no ha dudado en calificarlo de «ropaje formal» de «normas de rango ínfimo» (José BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, IEA, 1977, pág. 139). Por cierto que, en torno a la terminología, si bien el vocablo *instrucción* parece ser representativo del contenido jerárquico de este tipo de instrumentos jurídicos, no puede decirse lo mismo de la expresión *circulares*, cuyo origen parece remontarse al mandato que la fórmula promulgatoria contenida en el artículo 155 de la Constitución de 1812 dirigía al Secretario del Despacho respectivo, mandato que le sujetaba a la obligación de disponer que la ley promulgada «se imprima, publique y circule», precisando el artículo 156 que «todas las leyes se circularán de mandato del Rey por los respectivos Secretarios de Despacho». Tomo la referencia de Antonio FANLO LORAS, *La expedición por el Rey de los Decretos acordados en el Consejo de Ministros*, trabajo todavía inédito y que he podido conocer por gentileza de su autor.

(109) Sobre el papel y significado de las circulares en el derecho francés, buenas referencias en Georges VEDEL, *Droit Administratif*, París, PUF, 1958, vol. I, págs. 112 y ss.; Jean RIVERO, *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1962, págs. 87, 88 y 211; Charles DEBBASCH, *Droit Administratif*, París, Cujas, 1971, págs. 294 y 295; André DE LAUBADERE, *Traité*, I, cit., págs. 263 y ss. Más recientemente descolla el excelente estudio de Maryvonne HECQUARD-THERON, *De la mesure d'ordre interieur*, «AJDA», 1981-5, págs. 235 y ss.

(110) Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Instrucciones y Circulares*, cit., pág. 123.

ral». ¿Quiere ello decir que pueden existir circulares normativas?, y, de ser así, ¿cómo salvar la literalidad de la LRJAE en punto a la competencia para dictar reglamentos? (111). El tema tiene su importancia si no se desconoce que no ha sido rara la emanación de normas reglamentarias bajo la cubierta formal de una circular (112).

La antinomia apuntada puede salvarse si, de forma expresa y para una materia concreta, una norma con rango de ley excepciona la reserva reglamentaria de la LRJAE y prevé la delegación de la potestad de dictar normas de carácter general en favor de autoridades inferiores al Ministro y en lo atinente a las materias propias del Departamento correspondiente (113). Se atribuiría, así, a una autori-

(111) El problema no es puramente retórico, pues el respeto estricto, sin buscar soluciones, a la literalidad de la LRJAE puede abocar a defender la nulidad de pleno derecho de numerosas circulares e instrucciones que han regulado materias de enorme trascendencia; así, por ejemplo, la praxis seguida en materia de subvenciones, destacada por FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, IEF, 1983, págs. 536 y 537), o la normación vía circular o instrucción de numerosos aspectos del ordenamiento crediticio, señalada por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su ya citado estudio *Los poderes normativos del Banco de España*. Por otra parte, GARCÍA DE ENTERRÍA (*Sobre los límites del poder de policía general y el poder reglamentario*, «REDA», 5, 1975, pág. 204) recuerda cómo la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 confió a la Comisaría de la Banca Privada la posibilidad de dictar instrucciones internas en función de las necesidades del interés público, instrucciones que impusieron obligatoriamente las primeras medidas de seguridad en las instalaciones bancarias con fundamento en la relación disciplinaria, de supremacía especial, configurada por la Ley. He aquí un ejemplo que, aun anterior a la LRJAE, muestra la vocación expansiva de las instrucciones y circulares, que si bien en el caso últimamente señalado no plantean problemas de habilitación, la circunstancia de su fundamentación en unas pretendidas relaciones especiales de sujeción abre un horizonte distinto en orden a la conceptualización real del papel que desempeñan este tipo de instrumentos jurídicos en nuestro derecho, papel no aclarado todavía definitivamente.

(112) Se trataría, según BAENA DEL ALCÁZAR, de circulares en sentido formal que encubren verdaderas fuentes del Derecho Administrativo (*Circulares e Instrucciones*, cit., pág. 110), siendo, por tanto, sus efectos y régimen los de tales (así, BOQUERA OLIVER, *La publicación*, cit., pág. 74; ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1984, I/1, pág. 150; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, págs. 608 y 609; Eduardo VIVANCOS COMES, voz «Instrucciones o Circulares», *NEJ*, tomo XIII, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1968, pág. 142). En tanto que normas jurídicas materiales, las circulares reglamentarias pasarían a formar parte del grupo normativo correspondiente, integrándose en la escala inferior del mismo (cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., páginas 538 y ss.). Como se recordará, se ha afirmado más atrás que alguno de los textos que se analizan en sede del uso de las armas de fuego no cuaja en la teoría de los grupos normativos formulada por el profesor VILLAR PALASÍ; tal ocurre con la Instrucción de abril de 1983, que, al carecer de valor reglamentario, como veremos más adelante, no es susceptible de pasar a engrosar los niveles más inferiores del grupo normativo, quebrando así para este sector material concreto la solución apuntada por FERNÁNDEZ FARRERES en relación con las circulares dictadas en materia de subvenciones. No es que la tesis de este último autor sea incorrecta, sino que no es aplicable a la materia que nos ocupa dada la naturaleza de la Instrucción de abril de 1983.

(113) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los poderes normativos*, cit., págs. 19 y 20;

dad cuya potestad originaria es meramente jerárquica la reglamentaria, pero no en términos generales, sino para un caso concreto y preciso. Es, por consiguiente, una potestad coyuntural que se agota en su ejercicio y cuya esencia, como se ha dicho, radica en el reenvío que la ley hace a la normación ulterior de la Administración de la regulación de ciertos elementos llamados a complementar la que la ley establece, no siendo de recibo la remisión en blanco (114) (115).

¿Qué decir sobre este punto respecto de la Instrucción de abril de 1983? En principio, el órgano del que emana parece ser la *Dirección General de la Seguridad del Estado*, cuyo titular, según se desprende del RD 1158/1980, de 13 de junio, vigente al momento de dictarse la Instrucción, ejerce el mando directo de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, bajo la autoridad inmediata del Ministro del Interior, y ostenta el rango de *Subsecretario*, según los artículos 7 del RD 3371/1982, de 7 de diciembre; 9.6 de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, y 2.1 del RD 669/1984, de 28 de marzo, aunque conforme al RD 1158/1980 el rango personal del Director General citado era el de Secretario de Estado. En cualquier caso, las atribuciones del mismo son las previstas en el artículo 15 de

PARADA VÁZQUEZ, *Valor jurídico de la circular*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 2, 1981, págs. 317 y 318; FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., página 540; BAENA DEL ALCÁZAR, *Instrucciones y Circulares*, cit., págs. 125 y 126; GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, Madrid, IEA, 1971, pág. 60.

(114) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los poderes normativos*, cit., págs. 21 y 22. Señala BAENA (*op. últ. cit.*, pág. 126) que es aceptable la posibilidad de una remisión tácita, posibilidad que ejemplifica en la Ley de Orden Público de 1959. Adviértase, en tal sentido, que para que la remisión opere válidamente, trasladando coyunturalmente la potestad reglamentaria, y es por ello discutible que pueda ser tácita, ha de efectuarse en una norma con rango de ley formal y con especificación de la autoridad beneficiada y de la materia concreta para la que se concede la habilitación. Así, un ejemplo de lo que no es el origen de una circular reglamentaria es el que contiene la Orden de 28 de julio de 1977 («BOE» de 22 de septiembre), sobre cursos de perfeccionamiento para los mandos de la Policía Armada, cuyo artículo 5 establece que «por la Dirección General de Seguridad y, en su caso, por la Inspección General de la Policía Armada, se dictarán las instrucciones que requiera el desarrollo de la presente Orden». Lógicamente, tales instrucciones no tendrán otro valor que el meramente jerárquico.

(115) Al hilo de lo que se viene comentando, cabe aludir a algunas decisiones jurisprudenciales incidentes sobre la materia que nos ocupa. El carácter normativo de las circulares ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la *Sentencia de 20 de diciembre de 1983*, en la que se admite que la circular objeto de la litis «no es una instrucción de servicio o de régimen interior al contener disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación de los subordinados en las oficinas y servicios administrativos» (*Considerando Segundo*). Quizá menos correcta es la argumentación, o por lo menos no dejan de suscitarse ciertas dudas al respecto, de la *Sentencia de 20 de mayo de 1976*, en la que se identifica a terceros con funcionarios públicos

la LRJAE (116) y, en tanto que Director General de la Seguridad del Estado, las contempladas en el artículo 2 del *RD 1158/1980*, en su día, y hoy las del artículo 2 del *RD 669/1984* (117).

A la luz de sus atribuciones funcionales, el Director de la Seguridad del Estado se configura como un órgano típicamente administrativo, encuadrado en los más elevados niveles de la Administración central del Estado (118) y carente de potestad para elaborar disposiciones de carácter general según lo preceptuado en la LRJAE. No obstante, ha de advertirse que, dado que la Instrucción alude también al *Gabinete de Coordinación y Planificación*, se suscita la duda de si no será éste el órgano administrativo al que hay que atribuir la paternidad de aquélla. El mencionado *Gabinete* es una unidad que, con nivel de *Subdirección General*, se encuadra en la Dirección de la Seguridad del Estado, dependiendo del titular de esta última

en relación con el alcance de una circular que, por eso, es considerada reglamentaria; en cualquier caso, se menciona esta Sentencia por el hecho de que en la misma se alude con claridad a la posible existencia de circulares o instrucciones de carácter normativo. Por contra, el valor meramente jerárquico de una circular ha sido reconocido por la *Sentencia de 27 de octubre de 1982* («quedando ceñida a los límites del acto puramente interno con objeto de regular en un período transitorio la aplicación del *RD 754/1978*, de 14 de abril, y lograr la necesaria coherencia y efectividad en la actuación de los Servicios Provinciales... para aunar criterios se fijan directrices que ayuden a la aplicación de la legislación vigente, sin innovarla»), o por la de *11 de mayo de 1982* («circular cuya aplicación aquí no debe plantear ninguna duda, puesto que la misma opera por vía aclaratoria e interpretativa de la disposición reglamentaria, esto es, dentro del papel que por su naturaleza le corresponde») o, en fin, las de *5 de marzo de 1976* y *14 de junio de 1976*, Sentencia ésta que hace bascular el entendimiento de una circular como instrumento meramente jerárquico en su intención directiva de la actividad de los subordinados por parte de las autoridades correspondientes, en su falta de publicación en el «BOE», el no establecimiento de derechos ni obligaciones para terceros ni su vinculación a destinatarios externos.

(116) Dado que en 1983 el Director de la Seguridad del Estado ostentaba el rango de Subsecretario —frente a la advertida situación anterior en la que su nivel era el de Secretario de Estado—, es el artículo 15 de la LRJAE el precepto del que hay que partir para averiguar su ámbito funcional; consecuentemente con su posición en la estructura administrativa central, el Subsecretario carece, a la luz del citado precepto, de toda posibilidad originaria para dictar disposiciones de carácter general.

(117) A tenor de este artículo, no modificado, por cierto, por el *RD 59/1987*, de *16 de enero*, el Director General de la Seguridad del Estado asume la jefatura de los servicios de la misma, ejerciendo las funciones que le sean asignadas por la legislación vigente, y en especial las enumeradas en el propio *RD* de 28 de marzo de 1984, ninguna de ellas concerniente a la posibilidad de dictar normas jurídicas.

(118) En ese ámbito de siempre difícil determinación en el que lo político y lo administrativo confluyen y se confunden, un esfuerzo notable de identificación, situando a los Subsecretarios en el nivel político o gubernamental, es el realizado por Antonio BAR CENDÓN, «La estructura y funcionamiento del Gobierno en España», en el volumen colectivo *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, págs. 13 y ss.

(art. 2.1, 2, del *RD 3883/1982, de 29 de diciembre* y, actualmente, art. 2.4 del *RD 669/1984*); al igual que el anterior, se trata de un órgano carente de la potestad originaria para dictar disposiciones de carácter general, por lo que, de momento y *ex LRJAE*, nada hay que permita abogar por la naturaleza reglamentaria de la Instrucción de abril de 1983 desde la perspectiva del órgano administrativo del que emana.

Se impone averiguar, por consiguiente, si en una norma con rango de ley formal se habilita a alguno de los precitados para dictar una Instrucción normativa sobre el uso de las armas de fuego por los miembros de la policía del Estado. La lógica impone indagar en la *Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía*, hoy derogada por la LOFCS, pero nada se observa en ella que indique que el legislador ha procedido a aquella habilitación. Con todo, pervive la duda en torno a la posible existencia de una norma distinta que, con rango de ley, opere la habilitación que buscamos. Sospecha que se desvanece como por ensalmo una vez que se lee el Preámbulo de la Instrucción de abril de 1983, Preámbulo que muestra bien a las claras que aquélla se debe a necesidades sentidas a raíz de ciertos acontecimientos cuya repercusión fue el detonante del establecimiento de ciertas reglas enderezadas a la fijación de los motivos, supuestos y formas del uso de las armas por la policía estatal (119). Ello excluye, cabalmente, que la Instrucción traiga su causa en una inten-

(119) En efecto, dice así el Preámbulo de la Instrucción de abril de 1983: «la utilización de las armas de fuego reglamentarias por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, viene suscitando diversas controversias, especialmente cuando su uso causa la muerte o lesiones graves de personas. Por otra parte, el uso indebido de las armas, cuando se produce un resultado lesivo para personas inocentes, genera la apertura de un procedimiento criminal en el que el miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado puede ser condenado a penas graves y, en este sentido, existe una sólida doctrina jurisprudencial que fija la responsabilidad penal del que usa indebidamente las armas de fuego (...) Parece, por ello, oportuno y necesario concretar los casos y las circunstancias en las que dichos miembros pueden y deben hacer uso de su arma reglamentaria, excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización». Como se observa en este último inciso, la Instrucción invoca a la legítima defensa, incurriendo así en el mismo error, ya denunciado páginas más atrás, en el que incurre la LOFCS. Al margen de ello, parece estar claro, pues, el origen de la Instrucción de abril de 1983: en la resonancia y reiteración de casos en los que el uso de las armas de fuego por la policía estatal era lesivo para los ciudadanos; en tal sentido es de recordar que, si mis datos son exactos, entre 1981 y 1983 fallecieron al menos 22 personas por disparos de las fuerzas de seguridad. Consiguientemente, la técnica jurídica necesaria para la elaboración de disposiciones generales por autoridades inferiores al Ministro no ha sido la utilizada en este caso, por lo que la conclusión en torno al valor jurídico de la Instrucción de abril de 1983 es ya, desde este momento, inequívoca.

ción preconcebida del legislador, siendo más bien expresión de la potestad jerárquica de las autoridades administrativas inferiores al Ministro, no precisando de otro fundamento que el conferido por la LRJAE. Dicha circunstancia permite apuntar que, en el esquema de esta Ley, encaja mejor considerar que es el Director de la Seguridad del Estado el órgano del que emana la Instrucción en lugar del Gabinete de Coordinación y Planificación, pues parece más consecuente atribuir al primero el ejercicio de la potestad jerárquica que la Instrucción supone dado su rango de Subsecretario y su función de mando directo sobre la policía estatal.

ii) La posible existencia de instrucciones normativas pasa, también, por el requisito de su publicación en el «BOE» (120); si en el caso de las instrucciones jerárquicas ello no es necesario (121), la publicación oficial es *condictio sine qua non* para aquellas que pretendan reglamentar una materia en virtud de habilitación legal expresa (122). De no ser así, la carencia de efectos jurídicos es absoluta (123) a tenor de lo que dispone en los artículos 29 LRJAE, 132 LPA y, de modo más general, en el 9.3 de la Constitución, permaneciendo la circular en un nivel meramente jerárquico, como ha manifestado una constante jurisprudencia (124). La falta de publicación concurre también en la Instrucción sobre el uso de las armas de fuego de abril de 1983, confirmándose definitivamente su naturaleza, ya deducida con anterioridad, meramente jerárquica (125).

¿Qué juicio merece tal circunstancia? Ciertamente, la trascenden-

(120) Publicación que, por otra parte, no es extraña, especialmente en relación con las circulares de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, que, además, suelen incorporar la previsión oportuna en cuanto a la fecha de su entrada en vigor; así, por ejemplo, la Circular número 964, de 7 de abril de 1987 («BOE» de 17 de abril); la número 952, de 16 de diciembre de 1986 («BOE» de 13 de enero de 1987), o la número 949, de 22 de septiembre de 1986 («BOE» de 30 de septiembre).

(121) Así, BOQUERA OLIVER, *La publicación*, cit., págs. 78 y 79; VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 293.

(122) En este sentido, VILLAR PALASÍ, *op. últ. cit.*, pág. 302; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Las potestades normativas del Banco de España*, cit., pág. 22, por nota; PARADA VÁZQUEZ, *Valor jurídico de la circular*, cit., pág. 319; BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, cit., pág. 71.

(123) Para un análisis de la inmediata relación que existe entre publicación oficial y efectos jurídicos, me remito, por todos, a la obra de BERMEJO VERA, ya citada repetidas veces, *La publicación de la norma jurídica, in totum*.

(124) A tenor de las Sentencias de 20 de diciembre de 1983 (Azdi. 6371, Ponente: FERNÁNDEZ SANTAMARÍA), de 5 de marzo de 1976 (Azdi. 1755, Ponente: SUÁREZ MANTEOLA) y de 14 de octubre de 1977 (Azdi. 3945, Ponente: ESPÍN CÁNOVAS), la ausencia de publicación convierte a una circular materialmente normativa en meramente jerárquica.

(125) Sería preciso atender a un aspecto más en el caso de que los ya vistos apuntaran a considerar a la Instrucción de abril de 1983 como normativa; se tra-

cia de las circulares jerárquicas para el funcionamiento diario y la coordinación del aparato administrativo es cardinal (126), pero ¿es una Instrucción jerárquica el lugar más adecuado para regular el detalle del uso de las armas de fuego por la policía de seguridad? La respuesta a la cuestión pasa, necesariamente, por la índole del contenido de la Instrucción, siendo posible, por el momento, emitir ciertas consideraciones generales.

En principio, si la Instrucción incorpora nuevas y verdaderas habilitaciones para el uso de las armas, cabe afirmar que la ley formal es necesaria en todo caso. Pero si se limita a proporcionar un conjunto de técnicas procedimentales, complementando una regulación sustantiva que se encuentra en otras normas, la respuesta puede ser bien distinta. Si se acepta, como un fenómeno de la vida real, que las instrucciones jerárquicas influyen notablemente sobre el comportamiento cotidiano de los funcionarios públicos, mucho más incluso que las leyes publicadas en el «BOE», la eficacia práctica de aquéllas es enorme siempre que su contenido sustantivo sea correcto, sea idóneo desde el punto de vista jurídico.

En este sentido, si la Instrucción de abril de 1983 se reduce a *precisar* y a *procedimentalizar* el uso de las armas, no introduciendo habilitación alguna que no esté contenida ya en la regulación general combinada del uso de las armas (LOFCS y art. 8.11 del Código Penal), no parece muy oportuno descalificarla por el mero hecho de su naturaleza jurídica. Las descalificaciones pueden venir por razón de su contenido, pero si éste se adecua a lo preceptuado por la LOFCS y a lo que deriva de la posible apreciación de la causa de justificación número 11 del artículo 8 del Código Penal y se limita

taría de observar si en su elaboración se respetaron las reglas que impone la LPA para la de las disposiciones de carácter general. Lógicamente, las conclusiones a que hemos llegado hasta este momento hacen innecesaria la referencia a esta tercera cuestión.

(126) El tema se sitúa en el ámbito de la vida práctica y el funcionamiento real de la Administración, y no está de más recordar cómo Georges VEDEL (*Droit Administratif*, I, cit., pág. 112) afirma que numerosos funcionarios creen que una ley no les es aplicable en tanto en cuanto el Ministro no dicte una circular, convirtiendo así en necesaria la práctica frecuente de interpretar y de comentar una nueva ley mediante circulares de dirección a los funcionarios que han de aplicarla. Por otra parte, Alejandro NIETO, en una obra tan mordaz como interesante (*La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 147 y 148) se hace eco de la cuestión y de una de sus consecuencias, la inversión de la pirámide normativa jerárquica, al menos desde la perspectiva de la praxis administrativa y funcional: «en el caos existente, el funcionario aplica lo más concreto, lo que le da pautas precisas de actuación, es decir, la circular, y en lo no previsto, va remontándose hacia lo general, pasando por la orden ministerial, el decreto y la ley».

a establecer pautas concretas de actuación que no se encuentran en las normas más generales, no considero necesario, dado el estado actual de la cuestión en materia del uso de las armas, discutir la conveniencia de que sea una circular jerárquica la que regule los aspectos de detalle. Ello no es óbice para afirmar que, de existir una ley sobre coacción administrativa directa, quizá alguno de los extremos que hoy se contemplan en la Instrucción bien podrían trasversarse a aquélla. Pero éste es un problema distinto que se resuelve más bien en términos de política jurídica.

Por lo demás, qué duda cabe de que la Instrucción aporta elementos de juicio de primer orden para reducir el margen apreciativo del funcionario al imponerle criterios de actuación mucho más precisos que los que se desprenden de las formulaciones generales que hemos visto hasta ahora. En definitiva, y pensando en la práctica y en la realidad de la acción administrativa, la Instrucción de abril de 1983 puede cumplir un papel de primerísima fila en punto a la dilucidación del régimen jurídico del uso de las armas por la policía; la cuestión que ahora se suscita es la de si un juez de lo penal puede o no tener en cuenta, y, en su caso, en qué medida, una infracción de lo dispuesto en la Instrucción de abril de 1983 a la hora de calificar la conducta del funcionario a los efectos de la apreciación de la eximente. Con posterioridad volveremos sobre la cuestión.

Sustantivamente, la Instrucción bascula, erróneamente por lo ya dicho, sobre la legítima defensa, evidenciando una confusión que se manifiesta en la regulación conjunta de dos supuestos distintos: se exige agresión ilegítima y, a la vez, se permite el disparo sobre un delincuente que huye, intercomunicándose así la legítima defensa y el cumplimiento de un deber. Ello es incorrecto desde el punto de vista de la causa de justificación aplicable, pero, sentado que ésta es la número 11 del artículo 8 del Código Penal, la regulación de la Instrucción tiene un alcance nada desdeñable: sin interferencias, como digo, de la legítima defensa, exigir que tenga lugar una agresión ilegítima permite reducir las posibilidades legales del uso de las armas a los casos en los que, efectivamente, se produzca una agresión. Junto a ellos, el uso de las armas se permite para impedir una fuga, debiendo añadirse los supuestos de grave riesgo para la seguridad ciudadana por imposición de la LOFCS, imposición a la que en su momento se han hecho las reservas oportunas. Tal sería, pues, el cuadro fáctico del uso de las armas en nuestro ordenamien-

to en la medida en que la Instrucción encaja perfectamente en la LOFCS, siempre y cuando partamos de que, desde la óptica penal, la eximente de legítima defensa no es aplicable.

La producción de una agresión ilegítima permite, según la Instrucción, utilizar las armas siempre que sea «de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona o personas atacadas» (art. 1.1) y una vez que el funcionario considera preciso «el uso del arma de fuego para impedir o repeler la agresión, en cuanto que racionalmente no puedan ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida proporcionalidad y adecuación entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa» (art. 1.2). Una vez que el agente considera necesario el uso de las armas, debe identificarse y conminar al agresor para que abandone su actitud «si las circunstancias concurrentes lo permiten» (art. 1.3); fracasado ese intento se disparará, por este orden, al aire o al suelo (art. 1.4), y sólo si lo anterior no da resultado, «o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entraña la agresión no haya sido posible» seguir el procedimiento conminatorio, «se debe disparar sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible» (art. 1.5).

Más atrás se ha apuntado el problema que suscita el que la Instrucción pueda habilitar usos específicos de las armas con independencia de cualquier otra regulación. ¿Puede decirse que ello sucede cuando la Instrucción permite disparar, en supuestos del delito grave, para evitar la fuga de un presunto delincuente que huye? Ya hemos visto que éste puede ser uno de los supuestos de «riesgo grave para la seguridad ciudadana», pero que, en todo caso, no resulta muy convincente aceptarlo automáticamente, pues en esta circunstancia la ponderación cuidadosa y la proporcionalidad revisten especial trascendencia. Lo que ocurre es que el disparo sobre el delincuente que huye es permitido si se parte, como se ha partido aquí, de que la causa de justificación aplicable al uso de las armas es la de cumplimiento de un deber; en tal sentido, la Instrucción no incorpora nada nuevo, pero cabe preguntarse si es conveniente en todo caso identificar licitud del uso de las armas y exclusión de la antijuridicidad de la conducta. Esta identificación no se produce al exigir la agresión ilegítima —pues ésta no es necesaria para la apreciación de la causa número 11 del artículo 8 del Código Penal—, pero

sí en el otro caso. En el fondo, ello expresa una tensión muy difícil de resolver en términos jurídicos si se desea mantener la coherencia, pues ésta impone que ha de aceptarse el disparo sobre el que huye como colofón necesario de la elección de la eximente. La tensión está ahí, provocada por la identificación entre licitud y exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta, pues confluyen los presupuestos dogmáticos de una causa de justificación definiendo el ámbito lícito del uso policial de las armas, lo que, en supuestos como el que nos ocupa, no resulta del todo apropiado, sin perjuicio, obviamente, de todas las cautelas y requisitos que se exigen para disparar sobre el que huye en casos de delito grave.

La Instrucción prevé que se disparará «únicamente al aire o al suelo con objeto exclusivamente intimidatorio», una vez que se ha procedido a las advertencias y conminaciones de rigor y siempre «teniendo previamente la certeza de que con tales disparos, por el lugar en que se realicen, no pueda lesionarse a otras personas y siempre que se entienda que la detención no puede lograrse de otro modo» [art. 1.6, a)]. El disparo sobre el cuerpo del presunto delincuente sólo se permite a partes no vitales y cuando le conste al agente que, además de las circunstancias antedichas, el que huye se caracteriza por su extrema peligrosidad «por hallarse provisto de algún arma de fuego, explosivos o arma blanca susceptible de causar grave daño, siempre teniendo en cuenta el lema de la menor lesividad posible y el de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente» [art. 1.6, b)]. «Si se duda de la gravedad del delito o no es clara la identidad del delincuente —concluye la Instrucción— no se debe disparar.»

En definitiva, la Instrucción de abril de 1983 establece cautelas importantes en punto al uso de las armas por la policía estatal (127), pudiendo ser considerada satisfactoria en términos generales, a salvo de la problemática del disparo sobre el que huye, que no es propia de la Instrucción, sino de la caracterización jurídica del uso de las armas. Es esta caracterización jurídica la que permite afirmar que si un agente de policía no observa lo dispuesto en la Instrucción se engendrará la pertinente responsabilidad criminal del mismo, pero

(127) Adviértase este detalle, que la Instrucción sólo se dirige al actual Cuerpo Nacional de Policía y a la Guardia Civil. Para las policías autonómicas y locales, amén de las respectivas disposiciones específicas, habrá que estar al artículo 5.2, d), LOFCS, que, al igual que todo el artículo 5, es de aplicación a todas las policías que actúen en el territorio nacional.

no tanto por infringir la Instrucción como por la aplicabilidad de la LOFCS y del artículo 8.11 del Código Penal. No obstante, cabe retomar en este momento la pregunta apuntada más atrás: ¿qué incidencia tiene la inobservancia de la Instrucción por un funcionario de policía a la hora de calificar jurídicamente su conducta?, ¿puede el juez de lo penal tener en cuenta dicha inobservancia?

El problema es complejo, pues la Instrucción no es, evidentemente, fuente normativa; sin embargo, ha de destacarse que la Instrucción impone al funcionario una serie de obligaciones que se incorporan al ámbito objetivo de lo que es su *deber*, por lo que cabe afirmar que es posible que el juez penal tenga en cuenta la infracción de la circular jerárquica en la medida en que ésta precisa el contenido del deber del funcionario. Ello es útil si se recuerda que la exigente de cumplimiento de un deber resulta en ocasiones excesivamente amplia en su aplicación, sea completa o incompleta; pero es una utilidad relativa, pues lo que no parece aceptable es que la simple infracción de la norma jerárquica impida la apreciación de la atenuante. Lo que sí que sería posible es que en lugar de la exigente completa se aplicara la incompleta si el agente de policía no observa la Instrucción, en el bien entendido de que si esta Instrucción no existiera detallando la conducta a la que el funcionario está obligado, hubiera debido aplicarse la exigente completa.

Además de ello, ha de recordarse que la exención de responsabilidad criminal del agente en absoluto prejuzga que le sean impuestas las medidas disciplinarias pertinentes ni que la Administración responda patrimonialmente si hay lugar a ello. No debe prescindirse, pues, de la incidencia de un conjunto de responsabilidades diversas cuyo diseño alumbró el marco jurídico del uso de las armas; diseño que, obviamente, está fuera de las pretensiones que guían esta aproximación.

V. LOS PRESUPUESTOS DEL USO DE LAS ARMAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA ACCIÓN DE LA POLICÍA DE SEGURIDAD

Para concluir, tan sólo dos palabras sobre el régimen del uso de las armas de fuego, tal y como se desprende de la jurisprudencia del

Tribunal Supremo atinente a la responsabilidad de la Administración. No se trata, por supuesto, de analizar los extremos peculiares que caracterizan a esta específica parcela de la responsabilidad administrativa (128) —con problemas tan comunes, por otra parte, a los del sistema general—, sino de extraer nuevos elementos de juicio, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con que completar la exploración emprendida; lógicamente, las sentencias que van a citarse contienen abundantes referencias a otros aspectos de la responsabilidad de la Administración derivada del uso de las armas, pero sólo nos interesan las menciones expresas al cómo, cuándo y por qué de su empleo. El objetivo es, pues, bien modesto y mayoritariamente descriptivo.

No deja de resultar sorprendente, al menos desde la óptica actual, que las primeras sentencias referidas al uso de las armas, siempre en sede de responsabilidad, provengan de la Sala 2.^a del TS y daten de 1961, fecha en la que el resarcimiento por los daños policiales distaba mucho de estar jurisprudencialmente consolidado. En efecto, es la *Sentencia de 16 de marzo de 1961* (129) una de las pioneras, que yo sepa, en incidir sobre la cuestión, reconociendo tímidamente los principios de proporcionalidad y de la pericia exigible a un miembro de las fuerzas de policía, aunque bien es cierto que la sentencia, como sus coetáneas, se circunscribe a los agentes de la policía local (130). Al margen de la Sala de lo Penal, son las de lo Contencioso las que, lógicamente, más oportunidades han tenido de pronunciarse sobre la cuestión, aunque debe ser ahora recordada la *Sentencia de la Sala 1.^a del TS de 5 de julio de 1983*, en la que el Alto Tribunal afirma con notable decisión la vigencia del principio de proporcio-

(128) Para una buena exposición del tema, me remito al ya citado estudio de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa*, págs. 1186 y ss. especialmente.

(129) Sala 2.^a, Azdi. 860, Ponente: GARCÍA GÓMEZ. La Sentencia versa sobre la aplicación del artículo 22 del Código Penal a un supuesto de muerte por disparos de policía municipal condenado en instancia por homicidio, con aplicación de la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber. No ha de sorprender que sea la Sala de lo Penal, pues en aquellos años todavía no se encontraban sentencias de las Salas de lo Contencioso atinentes a la responsabilidad de la Administración por daños causados por la policía.

(130) Consecuencia lógica si se tiene en cuenta que, para la policía del Estado, la jurisdicción competente era la militar y, como se ha dicho en la nota anterior, la jurisprudencia sobre responsabilidad en el ámbito policial, jurisprudencia contenciosa, era todavía inexistente. Junto a la Sentencia aludida puede citarse la de *25 de noviembre de 1965* (Azdi. 5238, Ponente: GARCÍA GÓMEZ), relativa a la muerte de un ciudadano por disparos de un sereno en su calidad de agente de la autoridad.

nalidad en materia del uso de las armas por la policía de seguridad (131).

La Sala 4.^a del Tribunal Supremo, competente hasta el Acuerdo de la Sala de Gobierno de 12 de diciembre de 1986, para conocer de las demandas de responsabilidad patrimonial relacionadas con los actos de policía (132), perfiló con toda claridad, en su *Sentencia de 18 de enero de 1982* (133), los presupuestos jurídicos del uso de las armas de fuego; hasta tal extremo la citada sentencia es importante que todavía puede afirmarse que en ella se contiene la doctrina jurisprudencial de mayor relieve sobre el uso de las armas, consagrando el principio de proporcionalidad y aludiendo expresamente a los temas clave de la problemática que nos ocupa: la pericia del funcionario actuante y el margen de apreciación del que éste dispone (134). Casi puede señalarse que las sentencias posteriores

(131) Obsérvese que se trata de la *Sala de lo Civil* del Tribunal Supremo en razón del derecho a la tutela efectiva y de un principio de justicia material que la Sala aprecia para declarar su competencia. Junto al principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal se refiere a la «prudencia y cautela personal y profesional» que es exigible a los agentes de policía.

(132) A tenor del Acuerdo de 12 de diciembre de 1986 («BOE» del día 31), parece ser la Sala 3.^a la competente, desde ahora, para conocer de la responsabilidad patrimonial por daños policiales.

(133) Cuyo Considerando Tercero merece ser parcialmente transcrito, sin que precise de glosa alguna: «la acción de la Administración Pública debe estar siempre regida por criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad de tal forma que sus poderes sean utilizados en la medida y dentro de los límites que correspondan con los fines en atención a los cuales les son legalmente concedidos, adquiriendo dichos criterios una exigencia más intensa cuanto más excepcionales y portadores de riesgos son los medios otorgados, como ocurre en el caso de los funcionarios de policía, a los cuales, por su preparación específica y por estar dotados de armas de fuego capaces de producir graves e irreversibles daños a la vida humana, les es exigible que su actuación venga presidida por una apreciación serena de las circunstancias que concurren en las situaciones con que se enfrentan y empleen sus armas de fuego solamente en aquellos casos en que dichas circunstancias hagan racionalmente presumir una situación de peligro o riesgo real para ellos o terceras personas únicamente superable mediante esa utilización, y lo hagan en la forma adecuada para evitar consecuencias irreparables que no vengan justificadas por la gravedad del contexto de hecho en que se encuentran, pues en otro caso su acción resultará desproporcionada con la importancia y naturaleza de la conducta ilícita que tratan de reprimir, si a consecuencia del uso de sus armas ocasionan al responsable de ella un daño que excede de aquel que normalmente debe sufrir por el hecho de la puesta en movimiento de las fuerzas de policía». Vid. sendos comentarios a esta Sentencia rubricados por FERNÁNDEZ FARRERES (*Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: la fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima*, «REDA», 34, 1982, págs. 490 y ss.) y SEQUEIRA DE FUENTES (*Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con ocasión del uso de armas por los agentes públicos*, núm. 99 de esta REVISTA, 1982, págs. 263 y ss.).

(134) Vid. la nota anterior y el texto en ella transcrito.

que vuelven sobre la cuestión tienen, en la de 18 de enero de 1982, un punto de partida ineludible y paradigmático.

Especial interés suscitan las sentencias alusivas a un problema que más atrás ha sido objeto de dubitativas referencias: el disparo sobre una persona que huye. En los años 1985 y 1986 son, cuando menos, cuatro las decisiones jurisprudenciales que han atendido al mismo como presupuesto fáctico fundamental de la *litis*, sin menoscabo, por ello, de otros aspectos de interés para la definición del uso legal de las armas: esto es, del uso que, aun exonerado de responsabilidad criminal, no lo está de la patrimonial de la Administración (135). La *Sentencia de 4 de febrero de 1985* (136) precisa bien claramente que la mera huida, tras la sustracción de un vehículo, no implica que el daño sufrido, por lo demás, desproporcionado, deba ser soportado por el lesionado, en este caso el ocupante fallecido del automóvil que no se detiene ante la orden de *alto* de la Guardia Civil; esto es, la desobediencia a un mandato policial no excluye la antijuridicidad del daño a los efectos de la responsabilidad.

Supuesto distinto es el contemplado por la *Sentencia de 18 de diciembre de 1985* (137), pues en su substrato fáctico la huida del detenido conlleva su enfrentamiento, con un arma de fuego, a los miembros de las fuerzas de seguridad. El Tribunal Supremo, en este caso, resuelve afirmando que es muy dudoso que, de las circunstancias probadas y acreditadas, se desprenda la necesidad de disparar ocasionando la muerte del huido, puesto que ni éste disparó ni de la cronología en que se desarrollaron los acontecimientos —persecución y cerco de la víctima por cuatro inspectores— parece deducirse otra cosa que «una muy fundada duda racional de que las circunstancias expuestas acrediten de manera categórica e incuestionable que el disparo que ocasionó la muerte del detenido respondiese a un estado real de inminente peligro para la vida de los policías actuantes» (*Fundamento de Derecho 4.º*).

La *Sentencia de 28 de enero de 1986* (138) reitera la doctrina jurisprudencial que entiende que la mera actitud de huida no basta

(135) Básicamente, estas Sentencias anudan el uso de las armas sobre el que huye al juego del principio de proporcionalidad. En un análisis más reposado cabría preguntarse por las posibles diferencias que median entre la proporcionalidad como requisito para la apreciación de la eximente o de la atenuación y la proporcionalidad en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración.

(136) Azdi. 986, Ponente: GUTIÉRREZ DE JUANA.

(137) Azdi. 6538, Ponente: DÍAZ EIMIL.

(138) Azdi. 69, Ponente: DÍAZ EIMIL.

para configurar una acción ilegítima de la víctima con entidad suficiente como para justificar el uso de las armas, afirmándose en la de *29 de abril de 1986* (139) que el hecho de tener el arma lista para disparar, de suerte que se produjo un disparo fortuito que acabó con la vida de un detenido que intentaba fugarse, fue poco adecuado en la medida en que pudieron haberse adoptado otras precauciones, absolutamente eficaces, no generadoras del riesgo cierto que provocó la de la que se derivaron los hechos.

No es una jurisprudencia, quizá, demasiado expresiva en lo que nos concierne —no olvidemos que su objeto es bien específico—, pero no cabe duda de que los temas clave de la proporcionalidad y de la pericia exigible al funcionario de policía están plenamente asumidos e incorporados. En lo que hace al problema del disparo sobre el que se fuga, quisiera destacar la actitud exigente del Tribunal Supremo, actitud que le mueve a afirmar la desproporción o inidoneidad del uso de las armas en todos los casos reseñados, sentando un principio restrictivo, por lo demás, muy en línea con lo deseable.

No obstante, ese principio o criterio restrictivo juega en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, no, lógicamente, en el de la penal; las cuatro sentencias citadas no aluden a la sustanciación anterior de las oportunas causas criminales, pero si recordamos la jurisprudencia de la Sala 2.^a, más atrás indicada, todo parece indicar que, cuando menos, se habrá apreciado la eximente incompleta. Como la verdadera medida de la licitud del uso de las armas pasa por la calificación penal de la conducta, se observa que un funcionario puede ser declarado exento de responsabilidad criminal y, en cambio, condenarse a la Administración en vía contenciosa. Es decir, y a salvo de la posible aplicación del artículo 42 LRJAE, es, en definitiva, la organización, y no el individuo, la que asume la carga derivada por el uso lesivo de las armas. Ello es consecuencia lógica del sistema de responsabilidad objetiva, pero no deja de suscitar una reflexión: en términos generales, la cobertura penal es amplia siempre que se respeten ciertos mínimos; ello es una garantía para el agente, pero no para la Administración que, lógicamente, ha de resarcir los daños ocasionados. Por ello, si no se potencia la vía de regreso del artículo 42 LRJAE —amén de la adopción de las oportunas medidas disciplinarias—, incluso en algunos supuestos en los

(139) Azdi. 2977, Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO.

que el funcionario ha sido declarado exento de responsabilidad criminal, se corre el riesgo de desembocar en una situación paradójica: como el agente puede sentirse protegido —siempre, insisto, que se observen ciertas exigencias imprescindibles para la exención de responsabilidad criminal—, cabe que se produzca una suerte de relajación en su pericia profesional, y ello no es conveniente ni para el agente, ni para la Administración, ni para los ciudadanos. No afirmo que suceda así, sino que es un riesgo posible si la exclusión de la antijuridicidad de la conducta lleva aparejada en todo caso la licitud de la misma desde el punto de vista jurídico-administrativo. Son aspectos distintos que deben separarse convenientemente y que, en definitiva, conectan con esa duda permanente antes apuntada en relación con el uso de las armas en ciertos casos, especialmente los de fuga; duda compleja y difícil cuya resolución se encuentra fuera de mi alcance.