

USO DE ARMAS DE FUEGO EN ACTO DE SERVICIO (*)

SANTIAGO CABALLERO MENDAÑA
Comandante de la Guardia Civil

DESDE la creación del Cuerpo ha sido objeto de constante preocupación de todos los mandos el correcto uso de las armas reglamentarias en el cumplimiento de las misiones confiadas al Instituto; ya en una circular de 1846 el Duque de Ahumada advierte:

"...Varias veces algunos guardias civiles han desenvainado su sable contra paisanos desarmados. Para llegar a tal extremo es necesario que haya una grande necesidad de apelar a él pues todo guardia civil debe tener muy presente el lema de las antiguas espadas españolas «no me saques sin razón, ni me envaines sin honor» y pocas veces puede haber causa para desenvainarlo contra el paisano desarmado..."

Y en un claro ejemplo del exacto conocimiento de los límites de las funciones que se han asignado al Cuerpo y de energía con los abusos de la violencia, recordaba en una circular de 1845:

"...Estando constituidos por su mismo Instituto el ser los primeros auxiliares de la Justicia..., deben en las comisiones que se les confien de conducir criminales asegurar la existencia de éstos hasta que la Autoridad a quien corresponda les haga sufrir el castigo a que fueron acreedores, único medio que produce efectos saludables a la acción de la justicia. Decido corregir esta falta de celo y puntualidad en el servicio y exigiré la más estrecha responsabilidad a cualquier individuo del

(*) La legislación consultada para este artículo ha quedado, en lo referente al Código Penal y otras disposiciones, ya desfasada. Sin embargo, el espíritu y la esencia de este artículo siguen teniendo plena vigencia, de ahí su publicación.

Cuerpo, que por cubrir sus faltas se vea obligado a adoptar medios violentos..." (1).

Como vemos, el tema no constituye ninguna novedad, y estas sabias instrucciones sobre el uso de las armas, dignas de la escuela doctrinal más moderna, son de plena vigencia en la actual práctica diaria del servicio y en las múltiples situaciones que el mismo depara, cuando el guardia civil se ve forzado a emplear sus armas reglamentarias.

Ante estas situaciones, es necesario, y así se recoge en la normativa que veremos más adelante, formar e instruir exhaustivamente a nuestro personal sobre los "**supuestos excepcionales**" en los que el uso de las armas está legitimado, y por ello su actuación es ajustada a derecho y exenta de responsabilidad.

La sólida formación teórica de los agentes en esta materia, unida a la adecuada instrucción profesional en cuanto se refiere a los ejercicios de tiro de precisión e instintivo para adquirir dominio y seguridad en el manejo de las armas, logrando que los resultados del tiro se correspondan con la intención del tirador, contribuirán, por una parte, a evitar la indecisión e inseguridad de actuación que desemboca en la inhibición del agente, en graves consecuencias para su integridad o en exigencia de responsabilidad, y por otra parte a evitar graves consecuencias para los ciudadanos, a cuyo servicio nos debemos. La acertada intervención redundará en beneficio del Cuerpo y no dará ocasión de desprestigio ante la opinión pública.

No parece posible describir legalmente, con minuciosidad, todas las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas de Seguridad pueden hacer uso de la fuerza, para mantener el orden, proteger la seguridad ciudadana, impedir o prevenir la comisión de hechos delictivos, etc., por lo que ante la variedad de los casos que pueden presentarse y que impiden una formulación concreta, la Ley ha optado por una solución más práctica, consistente en una minuciosa previsión de aquellos supuestos que afectan algunos derechos fundamentales de las personas, como detenciones, registros domiciliarios..., y en el resto de los casos, acudiendo a delimitaciones generales, que se concretan en principios

de actuación recogidos en distintas normas (2).

Ante ello, abordaremos en primer lugar el estudio de estos principios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el empleo de la fuerza, para conocer los elementos constitutivos de las causas que posibilitan el uso legítimo de las armas, efectuando a continuación un análisis de los requisitos legales exigidos para que vengan en aplicación las causas de exención de responsabilidad que entran en juego cuando en estas actuaciones profesionales el agente ajusta su conducta a tales principios, finalizando con la exposición de los supuestos legales que operan cuando se sobrepasa el marco delimitado por los principios de actuación.

CRITERIOS DE ACTUACION EN EL EMPLEO DE LA FUERZA

Se hace necesario ponderar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) sobre la base de unos principios o criterios que se derivan del Ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, a los cuales han de ajustarse tanto los miembros de las FCSE en su actuación, como quienes la valoran, desde dentro o desde fuera de ellas.

Y tanto desde dentro como desde fuera, esta valoración debe realizarse desde la perspectiva de ser dicho Ordenamiento traducción normativa de los valores que en cada momento impregnan la sociedad y cuya inmediata aplicación y garantía de su ejercicio se encomienda a las FCSE.

Aun a riesgo de incurrir en obviedad, debemos significar que esta perspectiva en la ponderación no será la misma en las sociedades de nuestra cultura que en otras de diferente entorno cultural, bastando con poner de manifiesto, a título de ejemplo, la igualdad ante la Ley por razón de sexo, que en nuestro entorno no es cuestionada, pero que no es un principio universalmente aceptado, o que en nuestra cultura actual repugnaría imponer una pena de azotes o de mutilación en ejecución de una sentencia condenatoria, aunque históricamente no haya sido así.

Desde esta consideración dinámica, valores sociales-Ordenamiento jurídico-aplicación inmediata y garantía de su ejercicio a las FCSE, es evidente que cada sociedad exige de sus Fuerzas de Seguridad una actuación acorde a los principios legislativos que son reflejo de estos valores, y para el conocimiento de tales principios en nuestra legislación surge como primera necesidad el estudio de la normativa internacional, no solamente por su valor como antecedentes históricos y legislativos, en cuanto nuestro Ordenamiento ha ratificado e incorporado los principios recogidos en ella, conforme a los artículos 1 y 3 del Código Civil, sino principalmente porque esta normativa internacional constituye expresamente fuente de interpretación de la legislación nacional, a tenor del artículo 10.2 de nuestra Constitución (CE).

ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL

Hoy, declinando casi el siglo XX, puede afirmarse que los derechos humanos están plenamente asentados en la conciencia de la humanidad, y esta universal convicción ejerce una presión constante sobre los Estados que favorece la decisión de éstos de reconocer y positivizar unos derechos y libertades de los que ya los hombres no sabrían prescindir (3), y en el largo y arduo camino seguido para la positivación de los derechos humanos, la legislación internacional es consciente de la necesidad e importancia de establecer unos criterios de actuación de las Fuerzas de Seguridad, mostrando que esta preocupación no solamente no es actual, sino que además tampoco es local por afectar únicamente a un determinado ámbito geográfico, siendo trascendente para cualquier momento de la vida de todo Estado.

El pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y la realización de los fines de toda organización social, supone necesariamente la existencia de una sociedad en paz que disfrute del orden y la seguridad pública, y a este respecto, la policía juega un papel esencial, pues **en un Estado moderno la violencia se encuentra**

monopolizada en favor del propio Estado, quien la ejerce, fundamentalmente, a través de la Institución Policial, reservando a los ciudadanos un escaso margen en su ejercicio, como son los supuestos de legítima defensa, estado de necesidad, etc.

El ejercicio de esta violencia por parte de la policía se encuentra configurada de ordinario como un deber o una facultad, resultando una carga para los ciudadanos que han de soportarla en los supuestos establecidos en las leyes (4).

El Ordenamiento jurídico que deposita así en la policía el ejercicio institucional de la fuerza y la violencia, *impone también como límite a este ejercicio el deber de realizarla en el marco de los supuestos determinados en la propia Ley*, por cuyo motivo, cualquier conducta realizada como consecuencia de esta violencia no ha de considerarse prohibida ni por tanto antijurídica (5), estimando además las Organizaciones Internacionales, que el sistema de protección de derechos quedará reforzado si la policía dispone de reglas deontológicas que tengan en cuenta los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

En este sentido, las disposiciones de las Organizaciones Internacionales de aplicación al asunto que tratamos, podemos considerar que son las siguientes:

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DUDH) de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948 (6), única Declaración supraestatal con carácter universal (otras como la *Declaración americana* de Bogotá de 1948 o la *Convención de Roma* de 1950, que dio origen al Consejo de Europa, tienen sólo alcance continental).

Representa la expresión del deseo de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de *fundamentales*, estribando su importancia en que, *por primera vez, una Declaración es expresión de la conciencia universal* y formulada por un organismo que acoge a todas las

naciones: lo que antes se decía "desde el Estado", se afirma ahora "desde fuera del Estado", con el refuerzo que supone el consenso de la casi totalidad de los países del mundo (7).

Ahora bien, plantéase el problema de si esta Declaración constituye una positivación normativa de los derechos humanos o si, por el contrario, se trata sólo de simples formulaciones programáticas, meras aspiraciones que no tendrán, por consiguiente, fuerza vinculante ni serán vehículo de una auténtica positivación. La duda nace del hecho de que los acuerdos de la Asamblea General de la ONU no tienen, como es sabido, carácter de normas obligatorias para los Estados miembros, ya que se trata de meras "recomendaciones".

Sin embargo, es claro que todos los Estados están **moralmente obligados** a seguir las inspiraciones de la Declaración y **ajustar a ella su legislación interna**, constituyendo fuente de inspiración e interpretación tanto de ésta como de otras disposiciones internacionales, como veremos a continuación.

Y no faltan autores que le reconocen una condición auténticamente jurídica; el profesor TRUYOL, por ejemplo, afirma que "la declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU, y como tal, fuente de un "derecho superior", un *higher law* cuyos principios no pueden desconocer sus miembros (8).

Así, dicha Asamblea General proclama la Declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por *medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos*, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios bajo su jurisdicción, estableciendo en su articulado unos principios luego efectivamente acogidos y positivados por los ordena-

mientos internos, de los que transcribimos seguidamente aquellos que aquí interesan, citando los correspondientes artículos de nuestra Constitución en los que se encuentran recogidos.

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona." Artículo 3 DUDH, artículos 15 y 17 CE.

"Todos son iguales ante la Ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley..." Artículo 7 DUDH, artículo 14 CE.

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley." Artículo 8 DUDH, artículos 24 y 53 CE.

"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa." Artículo 11.1 DUDH, artículo 24 CE.

Y también de interés son los artículos 29 y 30 de la DUDH, en los que se dispone:

Art. 29.1. Toda persona tiene *deberes respecto a la comunidad*, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará **solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.**

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Art. 30. Nada en la presente Declaración

podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

CONVENCIÓN DE SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH) de los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, dictada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (9).

Considerando que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiende a asegurar el reconocimiento y aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados, realfima una concepción común y un común respeto por los derechos del hombre que en ella se invocan, considerando igualmente que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios de alcanzar esta finalidad es la salvaguardia y desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Recogemos como disposiciones de nuestro particular interés los siguientes artículos:

Art. 2.1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un Tribunal en el caso en que el delito sea castigado con esta pena por la Ley.

2. La muerte *no se considerará infligida con infracción del presente artículo* cuando se produjere a consecuencia de un recurso a la fuerza que sea *absolutamente necesario*:

a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal.

b) Para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente.

c) Para reprimir, de conformidad con la Ley, una revuelta o una insurrección.

Art. 5.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser pri-

vado de su libertad, salvo en los casos... y con arreglo al procedimiento determinado por la Ley.

Art. 6.2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

Art. 17. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en dicha Convención.

Art. 18. Las restricciones que, en los términos de la presente Convención, se pongan a los citados derechos y libertades no pueden ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

Art. 60. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos del hombre y libertades fundamentales *que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o de cualquier otro convenio en el cual sea parte*.

Como vemos, la Convención, de la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido que obliga a los Estados (10), introduce supuestos excepcionales como límites y restricciones a los términos absolutos de la DUDH, en función de la peculiar idiosincrasia continental en el momento histórico en el que fue dictada, pero con las importantes previsiones contenidas en sus artículos 17 y 60, anticipándose a una aplicación o interpretación desmesurada de ciertas facultades reconocidas a Estado por la citada Convención.

Disposición de especial importancia en el tema que nos ocupa es el artículo 2, por cuanto el contenido de los apartados a), b) y c) de su punto 2 constituyen de ordinario para las FCSE un deber y una obligación de actuar, encomendándole específicamente la sociedad como misiones las que se enuncian en ellos.

Nuestro Ordenamiento jurídico está vinculado por esta disposición, debiendo incorporar y desarrollar su contenido, lo que realiza, según tendremos ocasión de ver más adelante, con una concepción superadora que encuentra amparo en el artículo 60 antes citado, lógica consecuencia de la evolución y adecuación del Derecho a la realidad social, como reflejo normativo de la dinámica de sus valores, en un sistema como el nuestro que sitúa a la vida, como valor supremo de nuestra cultura, en la cúspide de la jerarquía de los bienes jurídicos "en la medida que la vida no es un bien jurídico disponible" (11), que tiene abolida la pena de muerte y que reconoce como principio básico de la actividad administrativa, entre otros, el de proporcionalidad.

No sucede lo mismo en otros Ordenamientos, baste anticipar aquí el **artículo 53 del Código Penal italiano:**

"A tenor de las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes, no es punible el Oficial público que a fin de cumplir un deber del propio oficio hace uso u ordena hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física cuando está obligado por la necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad y, de todas formas, cuando haya de impedir la consumación de los delitos de estragos, naufragio, inmersión, desastres aéreos, desastres ferroviarios, homicidio voluntario, atraco a mano armada y secuestro de personas. La misma disposición se aplica a cualquier persona que, requerida por el Oficial público, les preste ayuda. La ley determina los otros casos en los cuales está autorizado el uso de las armas o de otro medio de coacción física."

Y en el mismo sentido la Ley núm. 100 de 4 de marzo de 1958, reguladora del uso de armas por parte de militares y de los agentes de policía judicial en servicio en la frontera y en zona de vigilancia, que en su artículo 1 exceptúa de la prohibición del uso de las armas, además de los supuestos contemplados en los artículos 52 (legítima defensa) y 53 del Código Penal, "cuando:

- a) El contrabandista esté armado.
- b) El contrabando sea cometido en tiempo de noche.
- c) Los contrabandistas actúen agrupados en no menos de tres personas" (12).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (PIDC) de los Estados partes en el acto, dictado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (13).

Reconociendo con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no poder realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, **a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos,** tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, compromete en su artículo 2 a cada uno de los Estados partes en el Acto a "Respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto", y a "Adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter".

En su artículo 6.1 dispone: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Y en el artículo 9.1: "Todo individuo tiene derecho a la **libertad** y a la **seguridad** personales..."

CODIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY (14), de la Asamblea General de la ONU en su 106 sesión plenaria de 17 de diciembre de 1979.

Consciente de que la naturaleza de las funciones de aplicación de la Ley en defensa del orden público y las formas en que dichas funciones se ejercen tienen una repercusión

directa en la calidad de vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto y de las importantes tareas que los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley llevan a cabo concienzuda y dignamente de conformidad con los principios de los derechos humanos, *no obstante las posibilidades de abuso que entraña el ejercicio de esas tareas*, y recordando, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, reconoce que el establecimiento de un Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley es solamente una de varias medidas importantes para garantizar la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos a quienes dichos funcionarios sirven.

Es asimismo consciente de que existen otros importantes principios y requisitos PREVIOS para el desempeño humanitario de las funciones de aplicación de la Ley, entre otros:

a) Que, al igual que todos los organismos del sistema de justicia penal, todo órgano de aplicación de la Ley debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella.

c) Que todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley forma parte del sistema de justicia penal, *cuyo objetivo consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia* y que *la conducta de cada funcionario del sistema repercute en el sistema en su totalidad*.

e) *Que las normas en sí carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley.*

A continuación de estas consideraciones de su preámbulo, expone en Anexo el Código de Conducta, del que resaltamos como disposiciones especialmente operativas para nuestra exposición, las siguientes:

Artículo 1. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley cumplirán en todo

momento los deberes que les impone la Ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión."

Artículo 3. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas."

DECLARACION SOBRE LA POLICIA (15) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1979.

En esta Disposición se considera que *"la policía juega un papel fundamental en la garantía del pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos y por otros instrumentos nacionales e internacionales"*, en cuanto ello *"supone necesariamente la existencia de una sociedad en paz que disfrute del orden y de la seguridad pública"*, estimando que la policía es *"frecuentemente llamada a intervenir en condiciones peligrosas para sus agentes"*, y que sus funciones *"se encuentran todavía complicadas porque las reglas que conducen a sus miembros no son definidas con una precisión suficiente"*, y asimismo que *"el sistema europeo de protección de derechos del hombre quedará reforzado si la policía dispone de reglas deontológicas que tengan en cuenta los derechos del hombre y las libertades fundamentales"*, siendo deseable que *"los funcionarios cuenten con el apoyo tanto moral como físico de la comunidad a la cual sirven"*.

El pragmatismo y acercamiento a la realidad cotidiana de estas afirmaciones muestran lo recomendable de la lectura íntegra y reflexiva de esta Resolución, que en su contenido, y referido en cuanto a lo que ahora nos importa, recoge en el capítulo dedicado a ética profesional:

"1. Corresponde a todos los funcionarios de policía cumplir los *deberes* que le impone la Ley protegiendo a sus conciudadanos y a la colectividad contra la violencia, los actos depredatorios y otros actos perjudiciales definidos por la Ley.

12. En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de policía debe actuar con toda la determinación necesaria, sin jamás recurrir a la fuerza *más de lo razonable* para cumplir la misión exigida o autorizada por la Ley.

13. Es *necesario* dar a los funcionarios de policía instrucciones claras y precisas sobre la manera y circunstancias en las cuales debe hacer uso de sus armas."

Así pues, al miembro de las FCSE, como a cualquier otro profesional, se le ha de ofrecer un sistema operativo de estándares o principios rectores a los cuales debe ceñirse y que le permitan guiar jurídicamente su actuación. No basta afirmar que las FCSE deben respetar, en su actuación, los Derechos Humanos. Eso no lo puede negar nadie. Es preciso decirle *cómo* (16), y para ello analizaremos seguidamente las opciones seguidas por nuestro Ordenamiento.

PRINCIPIOS BASICOS DE ACTUACION EN LA LEGISLACION NACIONAL

Los derechos fundamentales de nuestra Constitución —dice el Tribunal Constitucional— responden a un "sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico" (17).

Sin embargo, esos valores han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico, desde luego, pero porque han sido asumidos por nuestra Constitución, es decir, el sistema de valores al que responden los derechos fundamentales es el de la Declaración Universal y acuerdos internacionales, que no es un sistema axiológico sustante por sí mismo, su universalidad le viene dada por la universalidad de la Declaración de 1948 y por la internacionalidad de los acuerdos sobre derechos humanos, pero **es la Constitución la que, al asumirlos, les confiere jurisdicción** (18).

Y la Constitución es derecho vigente, inmediata y directamente alegable y aplicable, y corona, por ser la norma superior, el orden

jurídico vigente en España (19), que por tanto debe ser conforme a ella y que, para nuestro interés, se encuentra recogido, fundamentalmente, en las siguientes disposiciones:

CONSTITUCION ESPAÑOLA

Ya hemos puesto de manifiesto brevemente al tratar de la DUDH el paralelismo de nuestra Constitución con las disposiciones internacionales en los aspectos que aquí nos afectan, y así en su artículo 10.1 se determinan a la dignidad de la persona los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como *fundamento del orden político y de la paz social*, en el artículo 14 se reconoce la igualdad ante la ley, en el 15 el derecho a la vida y la integridad física y moral y la abolición de la pena de muerte, en el 17 el derecho a la libertad y a la seguridad y en el 24 el derecho a la tutela judicial y efectiva de los jueces y tribunales y a la presunción de inocencia.

Y ello sin perjuicio de los que en el futuro pudieran incorporarse en virtud de tratados válidamente celebrados por España, puesto que la tabla de derechos reconocidos por la Constitución está abierta, conforme a la recepción del Derecho Internacional que dispone el artículo 96.

Recepción ésta a la que la CE se muestra favorable, estableciendo además expresamente en su artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

A este núcleo esencial de derechos, la Constitución les dota de un sistema especial de garantías, establecido en su artículo 53 en los puntos 1 (reserva de ley y recurso de inconstitucionalidad) y 2 (procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad), en concordancia con los artículos 161 b) y 162.1 b); artículo 54 (Defensor del Pueblo) y artículo 168 (especial rigidez del procedimiento de revisión constitucional).

Con la misma finalidad garantista el artículo 9.1 sujeta a los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, y el artículo 9.2 establece la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, a tenor del artículo 103.1.

Esta sujeción y sometimiento tiene un alcance inusual entre nosotros; quiere decir, claro está, que todos, particulares y funcionarios, deben acatar la Constitución y el resto del orden jurídico.

Però quiere decir algo más: "estar sujetos" quiere decir también que la conducta de los agentes públicos o privados, estén o no conformes con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, se tengan por lo que se tengan, *responden por sus hechos*. En suma, "estar sujetos" quiere decir que la última palabra sobre la licitud o la ilicitud de las conductas de los operadores públicos y privados la tiene el propio Ordenamiento (20).

En efecto, amén del artículo 1.1 CE, que es el germen de toda nuestra Carta Magna, tanto los artículos 9.1, 10.1 y 53.1, como los artículos 9.2 y 9.3, 53.2, 54, 162.1 b) y 168 CE suponen algo más que una declaración de bellas palabras: suponen la *esencia* misma de nuestro sistema político (21), y por ello, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas no equivale a un simple mandato al legislador sin fuerza para amparar por sí mismo (22), el hecho mismo de que la Constitución los dote de una especial tutela "no es sino confirmación de su aplicabilidad inmediata" (23).

Ahora bien, si una Constitución es, como decía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, garantía de las libertades públicas y división de poderes, la importancia de los preceptos relativos a los derechos y libertades no necesita ponderación, si bien, a la postre, dependen en gran medida de la interpretación y aplicación que de ellos hagan los poderes públicos (24).

Y es en esta labor de aplicación donde se enmarca la función de las FCSE, lo que supone, ni más pero tampoco menos, **que los derechos reconocidos a los ciudadanos**

deben estar presentes en todo momento y gozar de materialización efectiva, de lo contrario, el Estado dejaría de ser el que define la realidad de España en el artículo 1.1 la Constitución (25).

Sólo de esta manera se garantiza la traducción de los derechos humanos en derechos fundamentales (26).

Por tanto, la valoración de la actividad estatal debe entenderse como *custodia y fomentadora* de los mismos, y en este planteamiento legal, la Constitución en el artículo 104.1 asigna a las FCSE la alta misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, estableciendo en el artículo 104.2 una reserva de Ley Orgánica a la que remite la determinación de los principios básicos de actuación de las FCSE.

ORDEN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1981 (27)

Los criterios de actuación recogidos en la Constitución y legislación internacional son incorporados al Ordenamiento interno mediante esta Orden, que en su preámbulo *reconoce a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como uno de los pilares básicos de los principios de justicia, libertad y seguridad*, al encomendarse a éstos, en la primera norma legal, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de seguridad ciudadana.

Igualmente en el preámbulo reconoce que "el Consejo de Europa, en su Resolución 690, relativa a la «Declaración sobre la Policía», ha fijado con carácter general estos principios, por lo que se hace necesario un acuerdo que... reconociendo el principio de reserva de ley proclamado en la Constitución, cubra el vacío existente en nuestro Ordenamiento jurídico —con carácter provisional hasta que se dicte la norma legal de rango adecuado..."

Con la pretensión de constituir fuente de inspiración de la política de promoción legislativa y de desarrollo de las competencias que en materia de seguridad ciudadana han de corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad del Estado, se acuerda establecer como principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y entre ellos y referentes a la materia que nos ocupa, los siguientes:

Primero. Los miembros de las FCSE estarán obligados a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano.

Segundo. Los miembros de las FCSE tienen como misión fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar el orden y la seguridad ciudadana, de acuerdo con el mandato constitucional y **demás normas legales y reglamentarias.**

Diez. En el ejercicio de su actuación profesional, los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán siempre con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran **adecuados y proporcionados** al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, **no hacer uso de la fuerza mas allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido** y evitar el daño a las personas o las cosas.

Dieciséis. Todos y cada uno de los componentes de las referidas Fuerzas y Cuerpos serán responsables personal y directamente, en la medida que corresponda, por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, infringiendo o vulnerando, de alguna manera, las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios que ahora se enuncian.

Diecinueve. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recibirán permanentemente una formación y preparación profesional que garantice el mejor cumplimiento de sus deberes fundamentales, así como una enseñanza apropiada en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Esta Orden es considerada por la jurisprudencia como **reglamento de actuación de las FCSE** en el que se determina la **extensión y alcance** de tal actuación, por lo que entendemos que, junto con la Ley Orgánica

de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS) que expondremos más adelante, constituye el antecedente inmediato y referente de los criterios a seguir en la ponderación de la actuación.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 29 de junio de 1990, "...Requiere que el agente haya actuado *dentro de la órbita de sus atribuciones, no tan sólo reglamentarias, recogidas en la Real Orden de 30 de septiembre de 1981, verdadera reglamentación en sentido amplio de la actuación de las FCSE, en la extensión y alcance que se dice en las Sentencias de 23 de julio y 11 de diciembre de 1987, sino también las determinadas en el caso concreto...*", y en esta última, "...La OM Interior de 30 de septiembre de 1981 impone unos límites para el empleo de medios de disuasión y defensa, en el sentido de que ha de ser **adecuado y proporcional** al alcance de las perturbaciones o daño producido, **procurando, en cualquier caso, no hacer uso de la fuerza mas allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido y evitar daños a personas o cosas...**"

Igualmente las SSTS de 13 y 17 de febrero 1986 y 16 de diciembre de 1991, "...conforme a los *criterios de adecuación y proporcionalidad* que... habian de tenerse en cuenta a estos efectos, dado que lo ordenaba la OM Interior de 30 de septiembre de 1981..."

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO (DSE) SOBRE CONTROLES POLICIALES EN CARRETERAS Y VIAS URBANAS, de 22 de febrero de 1982.

En armonía con las directrices emanadas de la legislación internacional expuesta, y consciente de la necesidad de equilibrio en la permanente tensión entre libertad y seguridad, considera que "resulta necesario impartir instrucciones sobre el establecimiento de controles policiales en carreteras y cascos urbanos de poblaciones, haciendo compatible las libertades y derechos de los ciudadanos,... con las exigencias de carácter profesional

que asisten a las Fuerzas de Seguridad del Estado como encargadas de mantener la seguridad ciudadana y proteger la pacífica convivencia, persiguiendo y deteniendo a los delincuentes".

Así, en su apartado 7º dispone que ÚNICAMENTE se hará uso de las armas reglamentarias en los casos siguientes:

a) Cuando la Fuerza actuante sea atacada con armas de fuego o agredida con objetos o instrumentos que puedan producirle lesiones físicas.

b) Cuando se atropelle o manifiestamente se intente alcanzar a la Fuerza actuante con el vehículo que se pretenda detener, o desde el mismo se produzca agresión de entidad suficiente que aconseje el uso de las armas, evitando en todo caso herir al ocupante y cumpliendo la **exigencia reglamentaria** de disparar al aire y, en caso necesario, a las ruedas del vehículo.

c) Cuando del comportamiento del ocupante u ocupantes del vehículo se deduzca, sin ningún género de dudas, que pretenden darse a la fuga, constanding su alta peligrosidad, previa identificación y comprobación suficientes, manteniendo el lema de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente.

Y en su apartado 8º, que "La Fuerza actuante habrá de prever los comportamientos anormales y las reacciones imprevistas de conductores ebrios, toxicómanos y delincuentes de escasa peligrosidad, en cuanto a posibles infracciones de las señales del control".

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO SOBRE UTILIZACION DE ARMAS DE FUEGO POR MIEMBROS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO, de abril de 1983 (28).

Con referencia a los inmediatos antecedentes normativos recogidos en las dos disposiciones antes expuestas, y consciente de las controversias suscitadas por la utilización de armas de fuego reglamentarias y de la res-

ponsabilidad penal derivada de su uso indebido, acreditada por una sólida doctrina jurisprudencial, trata, prioritariamente, de llenar el vacío normativo existente en la materia, conseguir las mayores cotas de seguridad para la colectividad y garantías suficientes para los propios miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al propio tiempo que da cumplimiento a lo dispuesto en la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa, cuando ésta dispone: "Es necesario dar a los funcionarios de Policía *instrucciones claras y precisas sobre la forma y las circunstancias* en las que pueden hacer uso de sus armas".

En su virtud, y teniendo en cuenta el derecho a la vida y a la integridad física consagrados por la Constitución, y con objeto de que la policía haga compatible el ejercicio de su función de proteger los derechos y libertades, con la garantía de la seguridad ciudadana, en esta Instrucción se intenta concretar los casos y circunstancias en las que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad *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.

Ante la imposibilidad de una concreta formulación casuística, la Instrucción establece criterios a los que miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben atenerse en el uso de sus armas de fuego, conforme a las siguientes reglas:

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden utilizar sus armas de fuego **ante una agresión ilegítima** que se lleve a cabo contra el Agente de la Autoridad o terceras personas, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1.1. Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona o personas atacadas.

1.2. Que el Agente de la Autoridad considere necesario el uso de arma de fuego para impedir o repeler la agresión, en cuanto racionalmente no puedan ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida **ade-**

cuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa.

1.3. El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias concurrentes lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter fuera desconocido para el atacante.

1.4. Si el agresor continúa o incrementa su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se debe efectuar por este orden, disparos al aire o al suelo, para que deponga su actitud.

1.5. *En última instancia*, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, **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.

1.6. *Solo en supuestos de delito grave*, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ante la fuga de un presunto *delincuente que huye*, deben utilizar su arma de fuego, en la forma siguiente:

a) Disparando únicamente al aire, o al suelo, con objeto exclusivamente intimatorio —previas las conminaciones y advertencias de que se entregue a la Policía o Guardia Civil— para lograr la detención, 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.

b) Disparando, en última instancia, a partes no vitales del cuerpo del presunto delincuente, *siempre que concurren todas y cada una de las circunstancias anteriores*, cuando le conste al Agente de la Autoridad, además de aquéllas, la extrema peligrosidad del que huye 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.

Si se duda de la gravedad del delito, o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar.

Disposición ésta de la máxima importancia, por cuanto no sólo positiva de forma concreta los principios rectores del uso de las armas de fuego, sino que además por primera vez se introducen las normas de actuación previas a este uso, a las que debe atenderse en su actuación el agente y a las que de modo estricto debe ajustar su conducta.

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO SOBRE FORMACION E INSTRUCCION DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO EN EL USO DEL ARMA, de 10 de octubre de 1983.

En consonancia a lo dispuesto en el artículo 19 de la Orden del Ministerio del Interior de 30/9/81, que incorpora al Ordenamiento interno los criterios básicos de actuación de la legislación internacional, esta Instrucción, ante la constante preocupación que siente la Dirección de la Seguridad del Estado para que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de ella dependientes realicen sus servicios con la debida profesionalidad, adecuando los medios disponibles a la justa y necesaria *proporcionalidad* que exige el bien protegido o la importancia de la agresión, y consciente de las dificultades que, en ocasiones, plantea la problemática analizada *y de que no siempre se cuenta con los medios adecuados para que la prestación del servicio resulte acertada y sin riesgo para las partes implicadas*, considera que deben estimarse máximo los esfuerzos en pro de conseguir la preparación e instrucción necesaria del personal dependiente de la Dirección de la Seguridad.

Esta preocupación es mucho mas acusada cuando se trata del uso de las armas de fuego, no sólo por la naturaleza irreversible de los hechos que pueden acaecer con sus acciones, sino también por la pérdida de imagen policial que conlleva, incluso cuando su empleo ha sido acertado y conforme a la normativa vigente, y por ello en su punto segundo, dispone:

"Instruir a los alumnos de todas las Academias de formación dependientes de la DSE sobre los extremos expuestos, poniendo en marcha programas en los que tanto teórica como prácticamente se analicen supuestos que obliguen a decidir sobre el empleo del arma en los controles, manifestaciones, identificación de personas, registros, conducciones de presos o detenidos, fugas de delincuentes u otros hechos similares que presente la práctica del servicio.

La instrucción policial de estos contenidos será un objetivo prioritario en la formación del alumno, dedicando a tal fin cuanto tiempo sea necesario para que se tenga un elevado grado de seguridad de que se han adquirido y asimilado los conocimientos necesarios."

LEY ORGANICA 2/1986, DE 13 DE MARZO, DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD (29).

Con apoyo directo en el artículo 104.2 de la CE, que remite a una Ley Orgánica la determinación de las funciones, **principios básicos de actuación** y estatutos de las FCSE, esta Ley centra su objetivo principal en el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las FCSE en su conjunto, estableciendo los principios básicos de actuación comunes a todos ellos y fijando sus criterios estatutarios fundamentales.

Con el establecimiento de estos principios se viene por fin a completar el Ordenamiento jurídico vigente en esta materia, en concordancia con la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981, en la que se recogían algunos de ellos con carácter provisional hasta el dictado de norma legal de rango adecuado, en virtud de la reserva de Ley proclamada por la CE.

Consecuentemente, en el expositivo II de su preámbulo, siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su "Declaración" sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", se indica que en la presente Ley **se establecen los principios básicos**

de actuación como un auténtico "Código Deontológico", que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo, entre otros, el respeto a la CE y la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación.

Igualmente se indica que "los principios básicos de actuación de las FCSE son los ejes fundamentales, en torno a los cuales gira el desarrollo de las funciones policiales, derivando a su vez de principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al Ordenamiento jurídico, o de características estructurales, como la especial relevancia de los principios de jerarquía y subordinación, que no eliminan, antes potencian, el respeto al principio de responsabilidad por los actos que lleven a cabo..."

...Los funcionarios de Policía materializan el eje de un difícil equilibrio, de pesos y contrapesos, de facultades y obligaciones, ya que deben proteger la vida y la integridad de las personas, pero vienen obligados a usar las armas; deben tratar correcta y esmeradamente a los miembros de la comunidad, pero han de actuar con energía y decisión cuando las circunstancias lo requieran. Y la balanza capaz de lograr este equilibrio, entre tales fuerzas contrapuestas, no puede ser otra que la exigencia de una formación y perfeccionamiento permanentes, respecto a la cual se pone un énfasis especial, sobre la base de una adecuada selección que garantice el equilibrio psicológico de la persona".

Se reconoce que es a través de las FCSE como se ejerce el **monopolio**, por parte de las Administraciones Públicas, **del uso institucionalizado de la coacción jurídica**, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de Policía y que ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, **exige el establecimiento de límites y la consagración de principios sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman, con carácter de excluyentes.** Y a ello dedica íntegramente el Capítulo II de su Título primero, disponiendo en lo referido a nuestra materia:

Artículo 5. Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. **Adecuación al Ordenamiento jurídico**, especialmente: a) ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

2 c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato o irreparable; rigiéndose al hacerlo por los **principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad** en la utilización de los medios a su alcance.

2 d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de las terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

4. Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

6. Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, *infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente...*

Con la positivación de tales principios, que analizaremos en profundidad en el siguiente epígrafe integrando todas las disposiciones legales expuestas, se introduce más claridad en una materia de por sí especialmente difícil y complicada, proporcionando los parámetros a los que ha de ajustarse la conducta y actuación del agente en los supuestos excepcionales en los que el uso de las armas está legitimado.

Y en este sentido tales principios son efectivamente aplicados por la jurisprudencia, así la STS de 16 de diciembre de 1991, "...Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981 (BOE 2 oct. 1981) que recoge los principios básicos de actuación de tales

Cuerpos y Fuerzas, entre los cuales en su artículo 10 se recogen los relativos **al empleo de los medios de disuasión con referencia expresa a los de adecuación y proporcionalidad**,... Después la mencionada LOFCS precisó tales principios en el apartado c), artículo 5.2º **aludiendo no sólo al de proporcionalidad, sino también a los de congruencia y oportunidad**, y más aún en el apartado siguiente, el d), en el que se determinan los dos supuestos en que se deben utilizar las armas, uno de carácter concreto y específico, peligro grave para la vida o integridad física, propios o de terceras personas, y otro de naturaleza genérica, definida por medio de un concepto más abstracto, el grave riesgo para la seguridad ciudadana..."

Igualmente las SSTS de 10 de julio de 1991, "...Los Códigos de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986 establecen principios y reglas de comportamiento que contemplan el uso de las armas con carácter restringido y siempre en condiciones de riesgo racional y grave para la vida de terceros o de los propios agentes **y con arreglo a criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad...**", de enero de 1992, "...La sentencia ha razonado que no concurrían, al menos hasta ese momento, las situaciones que contempla la LOFCS en su artículo 5, apartado 2º c)..." y de 12 de mayo de 1994, "...Con olvido... de los principios básicos de actuación de las FCSE..."

PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUERZA

Antes de abordar la cuestión, creemos necesario recordar al Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de la Asamblea General de la ONU, que reconoce la *existencia de importantes principios y requisitos previos* para el desempeño humanitario de las funciones de aplicación de la Ley, entre los que viene especialmente en aplicación en este momento "Que

las normas en si carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley".

En la normativa de aplicación que hemos expuesto se contienen los principios que deben presidir las actuaciones en las que es necesario el uso de la fuerza y la violencia, especialmente cuando en estas actuaciones deban emplearse armas de fuego. Tales principios se proclaman expresamente en esta normativa o se derivan directamente de ella, pero en cualquier caso son directamente aplicables y exigibles, en la medida en que la CE, al asumirlos, les confiere juridicidad. Nos remitimos a lo expuesto al tratar de la Constitución.

En consecuencia, al tratar los principios básicos en el epígrafe siguiente, debe entenderse que los mismos constituyen los márgenes entre los que debe moverse toda actuación de las FCSE, pues dentro de ellos la acción de los agentes se encuentra plenamente justificada por ser conforme a Derecho. Por ello, la transgresión de los mismos es ilícita y, frecuentemente, delictiva.

PRINCIPIOS LEGISLATIVOS QUE REGULAN EL EJERCICIO DE LA FUERZA Y LA VIOLENCIA

En la exposición de estos principios, y de los requisitos necesarios que deben concurrir para que pueda apreciarse que cada uno de ellos viene en aplicación, seguiremos la sistemática de la LOFCS, que explícitamente recoge como principios básicos de actuación de aplicación a nuestra exposición los de adecuación al Ordenamiento jurídico, congruencia, oportunidad y proporcionalidad, derivándose directamente tanto de ella como de la restante normativa ya analizada el principio de menor lesividad.

1. Adecuación al Ordenamiento jurídico.

Exigido como primer principio básico por el artículo 5 de la LOFCS, se concreta en su apartado a) que ello supone ejercer su fun-

ción con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Ello es consecuencia de los principios de legalidad y sometimiento de la actuación de la Administración a la Ley y al Derecho recogidos respectivamente en los artículos 9 y 103 CE.

Respecto del tema que nos ocupa, el artículo 100 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) (30), permite la compulsión sobre las personas para la ejecución de actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y siempre dentro del respeto debido a su dignidad y demás derechos reconocidos por la Constitución.

En consecuencia, para que la conducta del agente en las actuaciones que contemplamos responda al principio de adecuación al Ordenamiento jurídico, se requiere:

a) **Autorización legal expresa**, que viene dada por el respeto y cumplimiento de la normativa que hemos expuesto, en el marco de los principios básicos de actuación de las FCSE.

b) **Respeto a la dignidad de las personas**, límite a la actuación impuesto por la normativa de aplicación contemplada (arts. 1 DUDH, 10 CE, 5 LOFCS, 100 LRJ-PAC...).

Como vemos, nuestro Ordenamiento jurídico opta por una solución muy práctica, remitiendo a sus límites inspiradores la ejecución de la coacción directa, y por ende la utilización de las armas de fuego. No es éste el camino seguido en otros ordenamientos, en los que está específica y determinadamente regulado tanto el uso de la coacción directa por parte de las FCSE como los medios lícitos a emplear, recuérdense los preceptos del ordenamiento italiano citados.

La LOFCS contiene principios, pero no, como algún autor propone, "listado concreto de medios y medidas como en otros sistemas jurídicos" (31); sin embargo, los principios generales establecidos por nuestra legislación son suficientes tanto para que los agentes puedan determinar los parámetros a los

que debe ajustarse su actuación, como para que por parte de los jueces y tribunales se ejerza un control suficiente de la actividad de las FCSE en este sentido (32), y ello sin los inconvenientes de un listado cerrado y concreto que se encontraría sujeto a continuas modificaciones, teniendo en cuenta los velocísimos cambios tecnológicos de los medios, que frecuentemente condicionan las medidas a emplear (33).

2. Congruencia.

Conveniencia, conformidad de extensión, concepto y alcance, supone para la ejecución de la fuerza, que de entre los distintos medios reconocidos por la ley como aplicables, habrá de elegirse el más indicado para cada situación, de modo que será idóneo aquel medio que en abstracto pudiera ser aplicable a una situación concreta (34). Para que entre en juego la consideración de este principio, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) *Que se realice un apercebimiento antes de la actuación.*

Este requisito viene requerido por el artículo 95 de la LRJ-PAC, artículo 17.1 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (35) (LPSC) y artículo 225 del Código Penal, así como por los apartados 7 b) de la Instrucción de la DSE de febrero de 1982 y 1.3 de la Instrucción de la DSE sobre utilización de armas de fuego por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Deben tenerse en cuenta los siguientes **subrequisitos**:

1. **Aviso de actuación**, en el correcto entendimiento de que el apercebimiento o las intimaciones no constituyen una *orden* sobre sus destinatarios, sino meramente un aviso de esa actuación.

2. **Identificación de la Fuerza**. Para que este apercebimiento sea idóneo, la Fuerza debe estar perfectamente identificada, lo que sucederá cuando se actúa de uniforme; sin embargo, en las actuaciones de paisano, de-

be darse a conocer *inequívocamente* como tal.

3. **Reiteración de apercebimiento con la prevención del uso de la fuerza**, que será necesario si el destinatario no atiende al primero, pero sin que esta desatención implique una legitimación al agente para actuar libremente, sino que continúa sujeto en su actuación a la adecuación del uso de la fuerza al caso concreto, debiendo atenerse en su conducta a esta adecuación y a las normas de la Instrucción de la DSE de abril de 1983. Sobre este punto volveremos al tratar del requisito de proporcionalidad.

b) *Que el agente tenga dominio sobre el medio con el que realiza la fuerza y de la fuerza misma.*

La destreza y pericia en el uso de las armas es exigible en todo caso a los agentes como *premisa básica de su formación profesional*, de modo que la enseñanza y formación con carácter permanente y profesional se convierte en *presupuesto de este requisito de congruencia*, y este sentido tiene la regulación del artículo 19 de la Orden del Ministerio del Interior de 30/9/81, la Instrucción de la DSE de 10/10/83, el artículo 6.2 de la LOFCS y la Orden General de la Dirección General de la Guardia Civil, número 9, de 10/7/95, de normas generales sobre los ejercicios de tiro en las Unidades del Cuerpo.

Así lo viene reiterando la jurisprudencia, al determinar que si no hay destreza probada en el uso de las armas de fuego, falta la profesionalidad que es exigible a un servidor del orden (STS 19/12/80), que el uso de las armas de fuego debe estar precedido, cuando se hallen en manos de servidores del orden, de un ejercicio sereno y reflexivo y acompañado de pericia y cuidado (STS 19/12/80 y 18/1/82).

"...Especialmente exigible en personas a las que se autoriza el uso de armas..." (STS 11/12/87), "...especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las FCSE..." (STS 13/2/86), "...porque si son exigibles a cual-

quier persona, por el común conocimiento del peligro que representa el no adoptar las precauciones necesarias en el manejo o tenencia de las armas, menos ha de pasar desapercibido para quien está habituado al uso de las mismas por razón de su profesión..." (STS 23/2/90), "...tal riesgo era cognoscible del funcionario experto en su arma..." (STS 16/12/91).

3. Oportunidad.

El uso de la fuerza por los agentes ha de ser oportuno y necesario para cumplir la función pública a ellos específicamente encomendada por la Ley, y éste es un requisito básico para la apreciación de la eximente de cumplimiento del deber del artículo 8.11 del Código Penal. Si no existe esta oportunidad, no es posible recurrir a la fuerza y habrán de utilizarse medios distintos que igualmente aseguren el cumplimiento del deber. "...La necesidad de utilizar la fuerza es un requisito básico sin el cual no puede construirse la eximente ni completa ni incompleta..." (STS 10/7/91).

En consecuencia, y ante un supuesto concreto, el agente debe determinar en primer lugar si es necesario el empleo de la fuerza, y únicamente en caso de serlo, elegir el medio adecuado para ejercerla y la intensidad con que ha de aplicarla, de modo que concurra tanto la necesidad en abstracto como la necesidad en concreto, que analizaremos al tratar del artículo 8.11 del Código Penal.

El TS entiende por oportunidad que "...la acción sea racionalmente imprescindible con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la función..." (STS 20/10/80).

Sin embargo falta la oportunidad cuando "...no es preciso acudir en modo alguno a la violencia si pueden utilizarse para cumplir la misión otros medios..." (STS 2/4/60), o "...no constituye grave contratiempo ni frustración de la misión pública de aprehender a los delincuentes; puesto que identificados y detenidos los compañeros del interfecto, era fácil y previsible la identificación y posterior captura de éste..." (STS 20/10/80), "...la ocasión no

merecía una medida policial de tal importancia..." (STS 11/7/91), "...nimiedad del hecho, en absoluto punible, como era el que la víctima no atendía a su requerimiento de que le exhibiese el documento de identidad..." (STS 13/2/86), "...razón y motivos de la detención de la víctima, que, en este caso, eran de escasa importancia..." (STS 10/12/91).

La necesidad ha de ser racional, disponiéndose en atención a las circunstancias que concurren en el caso concreto "...tal medio como elemento relativo que es, ha de medirse por las circunstancias que rodean al hecho, cuales son la hora de la media noche, el lugar de la vía pública y los actos de la víctima..." (STS 20/1/43).

4. Proporcionalidad.

Consiste en la debida consonancia entre la conducta del delincuente que ha transgredido el orden jurídico y el empleo de la fuerza. También se le llama principio de prohibición de exceso, principio de intervención mínima o utilización de la violencia en concreto.

Es un principio constantemente recogido por nuestra legislación. Así se regula en el artículo 5.2 c) y d) de la LOFCS y artículo 96 de la LRJ-PAC, que exigen la debida proporcionalidad en la actuación administrativa y en la utilización de los medios a su alcance, y con anterioridad en los artículos 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 13 de la Ley de Orden Público y 496 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa (36).

Así pues, además de necesaria, la fuerza y la violencia ejercida ha de resultar proporcional a la gravedad del supuesto concreto de que se trate, y este principio debe presidir toda actuación policial, que siempre debe tener presente la ponderación de los bienes en juego, porque, como norma general, la lesión de dichos bienes no ha de ser mayor que la producida por la acción de la coacción estatal.

Sin embargo, en opinión de eminentes autores (37), la proporcionalidad requerida en el supuesto del uso de la fuerza por parte de las fuerzas policiales no es preciso que respete el estricto límite que fija la eximente del

estado de necesidad del artículo 8.7 del Código Penal, según la cual el mal causado no puede ser mayor que el que se trata de evitar, sino que la existencia de un deber de salvaguardia del Derecho y de los intereses ajenos ha de permitir la lesión de bienes jurídicos que, aisladamente contemplados, pudieran ser mas importantes que la gravedad de la infracción, **porque además de la infracción se encuentra en juego la afirmación del derecho por encima de lo injusto** (38), pues una consideración rígida del principio de proporcionalidad produciría, no obstante los medios y los conocimientos de que se dota a los agentes, en determinados supuestos concretos, una indefensión no sólo propia, sino de terceros que han de ser defendidos con la mayor eficacia.

“Para entender rectamente este principio ha de partirse de una serie de consideraciones (39). En primer lugar, las comparaciones a efectuar entre males no son aritméticas, sino normativas. En segundo lugar, no se comparan bienes, sino el mal que se está produciendo, se ha producido o se va a producir y el mal que se va a inferir para remover o impedir la perturbación dañosa.

Así las cosas, aparece el término «mal» como expresión claramente valorativa, normativa en fin. Y «mal» significa jurídicamente algo más que una lesión —o un peligro de lesión— física... Lo que interesa al Derecho es, junto al bien de que se trate, su funcionalidad social, que estriba en que dicho bien posibilita la participación de los ciudadanos en la vida social. Por ello, un mal es más que un daño; un mal implica una *perturbación jurídica*.

Este razonamiento permite resolver satisfactoriamente una serie de problemas. De entrada, cuando estén en juego dos bienes iguales, el mal mayor será la lesión del que está protegido por el Derecho. Poniendo en peligro dicha protección un bien de igual entidad, pero que al atacar sin justificación el primer bien, queda desvalorado por el Derecho.

De esta suerte, salvo que exista una gran diferencia entre los bienes materiales en juego (propiedad y vida, por ejemplo),

la proporcionalidad se habrá observado, aunque el bien salvado sea de menor entidad que el lesionado, cuando éste, a su vez, lesionaba a aquél injustificadamente.

En otros supuestos, los bienes son absolutamente incomparables por ser de naturaleza distinta. Habrá que estar al escalonamiento que dé a los mismos el orden jurídico. Así, la vida y la libertad priman sobre los demás; y más que el mero mantenimiento del orden público y la conservación de la propiedad.”

Concluyendo, con este certero planteamiento debe quedar claro que la proporcionalidad no es en razón de los *medios* empleados, sino de las *perturbaciones jurídicas* que se producen, de acuerdo con el escalonamiento de los valores sociales reflejados en el Ordenamiento jurídico, en nuestro caso vida, libertad, propiedad, orden público, etc.

Además, aun constituyendo un criterio decisivo de actuación, este requisito, junto con el de congruencia, es considerado por la jurisprudencia como no esencial, de forma que cuando la desproporción no es enorme, implica la apreciación de la eximente incompleta del artículo 8.11 como atenuante muy cualificada (40).

El Tribunal Supremo entiende que **falta la proporcionalidad**, v. gr., cuando pudiendo reducir a un delincuente en una aprehensión por el empleo de la fuerza física, se utiliza por principio el arma de fuego o se emplean medios repudiados por la Ley o la moral (STS 25/6/55).

Asimismo falta el requisito de proporcionalidad en los supuestos de huida o fuga de un presunto delincuente, en los que con relativa frecuencia se producen intervenciones desafortunadas, creemos que en razón a una falta de claridad de los agentes en el conocimiento de este principio básico de actuación, por lo que dedicamos a continuación una consideración especial a estos casos.

SUPUESTOS DE HUIDA O FUGA DE UN PRESUNTO DELINCUENTE

En nuestro Derecho únicamente es constitutivo de delito la evasión del preso preventivo o ejecutoriamente condenado que que-

brante su condena, conducción o custodia, en cuyo caso vienen en aplicación los artículos 334 y concordantes 335 y 336 del Código Penal.

Sin embargo, en cuanto a los presuntos delincuentes, ningún precepto de carácter legal impone el deber de dejarse detener, antes bien, la decisión de no dejarse aprehender parece que encuentra amparo en la presunción constitucional de inocencia del artículo 9 CE. Caso diferente son los supuestos de fuga agresiva o la propia agresión a los miembros de las FCSE.

Y al no constituir un deber el dejarse detener, la fuga no agresiva impide, entre otras cosas, que los agentes puedan hacer uso letal de sus medios para dar cumplimiento a la obligación de detener impuesta en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por lo que únicamente cabe la aprehensión del modo menos lesivo posible, tanto en atención a las circunstancias de la fuga, como del presunto delito cometido.

Nuevamente hay que insistir en que resulta primordial la formación y preparación del agente. En frase feliz, la doctrina alemana considera que la detención óptima es aquella que consigue hacer que al sujeto a detener le sea imposible el ataque o la huida (41). Coincidiendo con QUERALT y JIMENEZ QUINTANA, "Un agente medroso —al que no se le ha enseñado a dominar el miedo, lógico por otra parte— o mal preparado físicamente tenderá a utilizar su arma de fuego con mayor prontitud y menor precisión que un policía mentalmente equilibrado y en estado físico adecuado a la realización de sus funciones: podrá emprender una carrera tras el delincuente o evitar una reacción violenta de éste".

Y ello sin detrimento de su propia seguridad, que es la seguridad de la comunidad, aspecto sobre el que se insiste poco. "Se han de desterrar las hombradas y obrar dentro de los márgenes de seguridad personal más estrictos: *las clases pasivas no son policías*. No ha de confundirse la necesidad de un trato para con el delincuente, que es el que impone nuestro vigente Ordenamiento, ni con la condescendencia ni con la excesiva confianza." Igual que la peligrosidad del delincuente

"no justifica un empleo innecesario y desproporcionado de la violencia legítima, tampoco ha de caerse en el quehacer del misionero. Esta postura es igualmente rechazable por moralista y, por tanto, por disfuncional".

Aun con ello, en el caso de agresión o de delito grave, debe ajustarse la conducta del miembro de las FCSE a lo preceptuado en las Instrucciones de la DSE de febrero de 1982 y abril de 1983, teniendo en cuenta que la fuga no es ningún delito y que en los supuestos en los que lo constituye aparece la regla de la proporcionalidad entre los bienes en juego.

Este es el criterio aplicado por la jurisprudencia, así "en los casos de un transgresor que huye, si la autoridad o sus agentes, tras previas intimidaciones, hacen uso de las armas de fuego, disparando sobre aquel sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación especialmente si concurren ausencia de otros medios y si el delito cometido por el que huye era de capital importancia... pero si la transgresión no era especialmente grave, no cabrá calificar el comportamiento... como ajustado a derecho... no habiendo la debida proporción entre el mal producido o augurado y el medio para repelerlo o prevenirlo..." (STS 20/10/80).

Otra sentencia de 18/1/82 establece que es a todas luces desproporcionado producir por disparos de arma de fuego la muerte de una persona que se limita a huir de la policía, sin haber dado muestras de agresividad o resistencia "...Inadmisibles convicción administrativa de que la simple y pura huida de una persona, desatendiendo las órdenes de "alto a la policía", autoriza sin más a ésta para utilizar sus armas de fuego, con resultado mortal para el que huye, olvidando que la vida humana es el supremo bien de nuestra cultura y Ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 15 de nuestra Constitución, que ninguna persona o autoridad puede destruir salvo los supuestos excepcionales legalmente previstos..."

Y en igual sentido las SSTS de 16/12/91 y 28/1/86 "... La huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla, pues constante jurisprudencia viene declarando el uso lícito

to de las armas de fuego por la policía requiere una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas, y tal situación no es apreciable cuando el requerido de detención se limita a emprender la huida, pues en tal caso el empleo de las armas constituye una medida desproporcionada que notoriamente merece la calificación de respuesta excesiva por los daños graves e irreparables que puede producir, en lesión o privación de la vida humana..."

Y las SSTS 7/4/94, "...La persecución de un presunto delincuente por un delito de hurto de vehículo de motor, cuando huye, es decir, **cuando los efectos del delito ya han cesado** obligaba a las FSE a actuar dentro de un principio de **proporcionalidad entre el delito, sus efectos y la acción policial**, lo que faltó por completo en el caso, pues frente a unas personas que no llevaban armas, por consiguiente, indefensas, en vez de correr tras ellos para detenerles o efectuar disparos inequívocamente disuasorios, al aire o al suelo, el procesado dirigió el arma al cuerpo, produciendo unas consecuencias tan graves como las causadas..." y 11/6/92, "...detenido que pretendía escapar de la custodia, y, ante su huida, la acción policial debió quedar limitada, dentro de los principios de proporcionalidad y congruencia, al seguimiento y búsqueda y a los disparos intimidatorios con el arma reglamentaria..."

5. Menor lesividad.

Podemos considerar este principio como deducido o integrado en el más amplio de proporcionalidad, exigiendo como requisito que los agentes en el ejercicio de la violencia han de procurar la menor lesividad posible en aquellos que la sufren.

Algún autor lo considera principio autónomo y fundamental, que ha de ser apreciado en el momento de la acción, de tal manera que el principio de proporcionalidad rige para el estado de necesidad, pero no para el cumplimiento del deber del cargo, especialmente cuando dicho deber impone el uso de las armas de fuego (42).

A este principio hacen referencia el artículo 10 de la OM de 30 de septiembre, 7 b), de la Instrucción de la DSE de 22 de febrero y la Instrucción de la DSE de abril de 1983, sobre la base del derecho a la vida y a la integridad física, consagrados en el artículo 15 de la Constitución, interpretado conforme a la legislación supranacional, en especial con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.

La última Instrucción referida dispone expresamente en sus apartados 1.5 y 1.6, que ante el fracaso de las conminaciones y advertencias para que el agresor o delincuente que huye cese en su acción, en última instancia se debe disparar a partes no vitales del cuerpo, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible.

En la misma línea se pronuncia la sentencia citada de 20/10/80, también la SSTS de 16/5/83, que requiere que el uso de las armas se realice de forma que el respeto a la Ley y la restauración del orden se logre con el menor daño y quebranto para personas o cosas. Igualmente las SSTS de 31/1/92, 19/2/86, 23/2/90 "...del uso de armas de fuego no puedan derivarse daños innecesarios..."

Consecuentemente, la ponderación de este principio requiere una *gradación en el empleo de las armas*:

1. **Que el delito sea de capital importancia**, requisito "sine qua non" para que pueda apreciarse el principio de proporcionalidad en la conducta del agente.
2. **Intimidaciones previas.**
3. **Disparo a partes no vitales.**

CAUSAS DE EXENCION DE RESPONSABILIDAD

Vistos los criterios de actuación recogidos en la legislación nacional y supranacional, donde se contemplan los elementos constitutivos de las causas que posibilitan el uso legítimo de las armas, procede efectuar un análisis de los requisitos legales que son causa de exención de responsabilidad en

estas actuaciones profesionales, que entrarán en juego siempre que el agente ajuste su conducta a los principios o criterios expuestos.

Sólo dentro de estos márgenes de actuación puede afirmarse que la misma está plenamente justificada por conformarse a lo que exige el Derecho, por tanto las causas de exclusión de antijuridicidad vendrán en aplicación tras la ponderación de la actuación policial de acuerdo a la normativa que regula la función, es decir, se considerará que la actuación policial cabe dentro de la causa de justificación si ésta se ha desempeñado dentro del margen de los principios básicos de actuación y no como si las eximentes fueran nuevas normas de actuación.

En cuanto a las causas concretas de exclusión de la antijuridicidad que pueden entrar en juego, la doctrina es controvertida, pues un amplio sector doctrinal, con JIMENEZ DE ASUA y QUINTANO RIPOLLES (43), se pronuncian a favor de la teoría de la "subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad", entendiéndose que las actuaciones de los agentes de las FCSE pueden quedar amparadas tanto por la legítima defensa como por el estado de necesidad justificante, si bien estas eximentes entrarán en juego con carácter subsidiario respecto de la del cumplimiento del deber.

En igual sentido RODRIGUEZ DEVE-SA (44) entiende que si cualquiera puede defender su persona y derechos, así como los de terceros, no hay razón para que no puedan hacerlo igualmente los agentes de la autoridad en su función de prevenir la delincuencia, evitar delitos y perseguir y detener a los autores, pudiendo acogerse igual que los particulares a la eximente de legítima defensa, sin perjuicio de que, en su caso, pueda su comportamiento estar amparado en otras causas de justificación, como el cumplimiento del deber, ejercicio del cargo o la obediencia debida.

Sin embargo, QUERALT y JIMENEZ QUINTANA (45) combaten dicha teoría argumentando que el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber es un concepto *normativo* que requiere precisar su contenido acudiendo a otros sectores del Ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que, si la función ha sido ejercita-

da de acuerdo a los parámetros que norman la función policial y por más que se haya producido una lesión en un bien jurídico-penalmente protegido, no puede decirse que dicha conducta sea penalmente antijurídica. Acudir al amparo abstracto del ejercicio del cargo es, pues, inoperante, y por ello no admiten que, en nuestro Derecho, la policía —o cualquier otro agente público— se ampare en las causas de justificación penales de la legítima defensa o del estado de necesidad, citando como paradigma la defensa de terceros, que constituye la profesión y el deber de los miembros de las FSE.

Asimismo LUZON PEÑA (46), quien considera que las eximentes del ejercicio del cargo o, en su caso, el cumplimiento del deber o la obediencia debida, de acuerdo con las reglas del concurso de normas, excluyen que la autoridad o sus agentes puedan ampararse en la legítima defensa, que debe quedar reservada para la actuación de los particulares.

Finalmente, MIR PUIG defiende que el cumplimiento del deber constituye una causa de justificación intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Y dado que el ejercicio del deber no constituye defensa de un bien jurídico o de una persona concreta, no puede llegar tan lejos como la legítima defensa, sino que ha de estar sometido al principio de proporcionalidad. Sin embargo permite llegar más allá del estado de necesidad, es decir, no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, pero sin que pueda desaparecer una cierta proporcionalidad.

Parece que dentro de la controversia de las diferentes corrientes doctrinales que, en síntesis, hemos expuesto, existe acuerdo en la aplicación de la eximente de ejercicio del cargo o cumplimiento de un deber, siendo más dudoso el juego de la legítima defensa. Sin embargo, dado que ésta se contempla en la legislación que hemos analizado al comienzo de la exposición (v. gr. Instrucción de la DSE de abril de 1983: "...excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización..."), y con el objetivo fundamental de clarificar a los agentes los requisitos que

deben concurrir en su conducta y servir de ayuda a los que se dedican a su enseñanza, procederemos a efectuar un análisis de ambas causas de justificación, incidiendo con mayor profundidad en el cumplimiento del deber.

La legítima defensa.

Por legítima defensa ha de entenderse aquella que es *necesaria* para repeler una *injusta* agresión contra el que se defiende o contra un tercero. La injusta agresión es el elemento básico y generador de toda legítima defensa, entendiendo la jurisprudencia que consiste en un acometimiento material, físico, directo, bastando con que sea contraria a derecho, sin que sea necesario que haya de constituir delito, salvo en el caso de defensa de los bienes, por exigirlo la ley (47).

En el fondo de toda legítima defensa subyace un estado de necesidad, pero hay algo más: el que se defiende, o defiende a otro, contra una injusta agresión, está impidiendo al propio tiempo que se menosprecie el Ordenamiento jurídico, que se burle el respeto que las leyes imponen a la persona y derechos ajenos, por lo que hay que ver, en principio, una tácita delegación del Estado en el que se encuentra amparado por esta causa de justificación para oponerse al que perturba el orden jurídico. Ahora bien, no sería concebible que un Estado de Derecho concediera un poder sin límites en la lucha contra el injusto. Estas fronteras se establecen en el derecho positivo que exponemos a continuación.

A tenor del artículo 8.4 del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima.

Deben darse los siguientes subrequisitos, pues si falta cualquiera de ellos, nunca podrá venir en aplicación esta eximente.

a) *El acometimiento debe ser físico, material y directo.*

Aun cuando el Código no impone restricción alguna, la jurisprudencia condiciona los posibles bienes jurídicos objeto de tutela por la relación que guardan con la vida o la integridad física del que emplea la legítima defensa. Por ello *el acometimiento debe ser físico, material y directo* contra una persona física, y sólo allí donde otros intereses jurídicos aparezcan ligados a un ataque de esta clase, podrán ser legítimamente defendidos.

De esta manera se admite la defensa de la libertad, del honor, de la libertad sexual individual, de la propiedad, únicamente en aquellos delitos en los que el medio de ataque va ligado al empleo de la violencia, v. gr. ataques al honor con acciones vejatorias, delito de violación con empleo de fuerza o intimidación del artículo 429.1, robo con violencia o intimidación...

Cabe la defensa de los bienes y la morada, siempre que concurren los requisitos para que la defensa sea legítima. En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en *grave* peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en ellas.

b) *La agresión debe ser actual o inminente.*

Este es un requisito que debe tenerse muy presente, *pues una vez que la agresión ya ha pasado, no puede propiamente hablarse de agresión*, siendo de aplicación cuanto hemos expuesto al tratar de los supuestos de fuga. La jurisprudencia es reiterada, uniforme y concluyente, así las SSTs de 10/2/58, "...cesado el acto de acometimiento, cesa lógicamente la existencia del derecho a rechazarlo, sin que pueda darse a aquél una extensión que le haga persistir... en tanto dure el estado anímico de sobreexcitación..." 21/2/80, "...en el momento que ya había sido sujetado su contrincante..." 25/4/80, "...después de desarmar y dominar a su agresor..." 6/12/82, "...disparando cuando sus contrincantes habían cesado en su ataque y se marchaban..." 4/2/86, "...disparando al agresor que huye..."

c) *La agresión debe ser real.*

No es suficiente para justificar la reacción un ataque imaginario, en este sentido SSTs de 23/1/36, 23/2/48, 27/6/63, 15/6/83 y 2/11/88.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

En opinión de una fuerte corriente doctrinal, encabezada por JIMENEZ DE ASUA, a la que sigue también la jurisprudencia, racionalidad del medio es lo mismo que proporcionalidad, por lo que en este punto remitimos a cuanto hemos considerado al tratar de la proporcionalidad como principio que regula el empleo de la fuerza.

No obstante, RODRIGUEZ DEVESA precisa que lo que el Código exige es un "medio" racionalmente bastante para *detener* la agresión: para impedirlo o repelerlo. La racionalidad guarda relación con los medios de que disponga el agredido, de modo que si puede optar entre varios, ha de elegir aquel que permita impedir o repeler la agresión con el menor daño para el injusto agresor.

Pero si tan sólo dispone de uno, la ley no puede obligarle a soportar el ser agredido sin utilizarlo, lo que en el caso del arma de fuego por el agente de las FCSE requiere ser el último recurso y tras la gradación en su empleo que hemos puesto de manifiesto al tratar de los principios de actuación, en especial con ocasión de los de congruencia y menor lesividad.

3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

La provocación se ha de entender como provocación a la agresión ilegítima, incitar a ella. Por eso se excluye la legítima defensa en caso de desafío a realizar el acto en que consiste el ataque injusto, o cuando se lleva al injusto agresor a un estado de exasperación que explica, aunque no justifica, la agresión.

La provocación ha de ser próxima e inmediata.

En estos supuestos no es dudosa la utilización de la fuerza, pero no basta con la exis-

tencia de uno de los requisitos, sino que es preciso insistir en la necesidad de concurrencia de los tres.

De igual forma queda establecido en el artículo 5.2 d) de la Ley 2/86, que establece el deber de utilizar sus armas, de acuerdo con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, como únicos supuestos, cuando: exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Igualmente, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 que, ratificando el derecho inalienable de toda persona a la vida, en su artículo 2 no prohíbe su muerte si con ello se defiende a otra persona injustamente amenazada, asegurando su defensa contra la violencia ilegal.

El ejercicio del cargo o cumplimiento de un deber.

Conforme al artículo 8.11 del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal el que obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El precepto contiene tres supuestos distintos (48):

1. Cumplimiento de un deber.

Vinculación del sujeto a una conducta determinada, sin permitirle otra distinta.

No actúa antijurídicamente el que obra en cumplimiento de un deber jurídico, es decir, derivado del Ordenamiento jurídico, estableciéndose en esta causa de exención de responsabilidad una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir, la cual puede pertenecer al ámbito del derecho privado o a la esfera del derecho público, dentro del cual nos interesan los *deberes profesionales*, pues el desempeño de funciones públicas o de ciertas profesiones obliga a asumir determinadas obligaciones derivadas directamente de la ley, de los estatutos o reglamentos del Cuerpo al que se pertenece, e incluso por vía contractual.

El cumplimiento del deber debe ajustarse a la norma jurídica que le sirve de base. Sus límites se hallan en el respeto que el propio Ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos, que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales.

Por ello han de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren, de las que pueden deducirse excesos que no quedarían amparados por la eximente. En nuestro caso es especialmente relevante el requisito de proporcionalidad, puesto que el cumplimiento del deber no constituye defensa de un bien jurídico de una persona concreta, sino que debe estar sometido a dicho principio.

2. Ejercicio legítimo de un derecho.

Implica una facultad de actuar, pero a la vez hace posible la realización de otra conducta.

A diferencia del cumplimiento de un deber donde el sujeto carece de opción para actuar de otro modo, en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente concurre sólo en el caso de que el derecho sea utilizado.

Dejamos constancia de este supuesto legal en relación con la controversia doctrinal a la que nos referimos anteriormente, porque entre los derechos está, sin duda, el derecho a defenderse. Cabe preguntarse si para el miembro de las FCSE su defensa puede considerarse una facultad de la que puede no hacer uso.

Entendemos que no. Como expusimos anteriormente, existe el deber de salvaguardia del Derecho, porque, además de la infracción, se encuentra en este supuesto la afirmación del derecho por encima de lo injusto, de manera que la conducta del agente se encuentra vinculada, sin que le sea lícito renunciar a su defensa, pues por su profesión debe hacer prevalecer el Ordenamiento jurídico, y es, en la medida que el agresor incrementa el riesgo, en la misma que queda desprotegido por dicho Ordenamiento.

En este sentido se pronuncia la corriente

doctrinal citada que niega la aplicación de la eximente de legítima defensa a los agentes de las FCSE, reservándola a los particulares.

Ahora bien, al margen de controversias, la doctrina es unánime al señalar que, tanto para agentes como para particulares, cuando una persona es **víctima de un ataque** a uno de sus derechos, no actúa lícitamente si no es dentro del ámbito de la legítima defensa, de cuyos requisitos y límites ya hemos dejado constancia.

Pasado el momento del ataque, no se está autorizado para restablecer por sí mismo los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio normal de su derecho, del cual la ley exige que sea legítimo. Esto supone que los **medios utilizados para hacerlo valer han de ajustarse a las prescripciones legales**. Por de pronto, no han de constituir por sí mismos delito, el fin no santifica los medios. Particularmente, hay una esfera de actuación reservada a los tribunales, que el titular del derecho no puede nunca invadir.

3. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

Situación compleja derivada de un *status* del que dimanen derechos y deberes.

El uso de la fuerza o violencia por parte de la policía habrá de ser considerada desde el punto de vista de cumplimiento de deberes derivados de un cargo, en tanto dichos deberes proceden de una relación funcional, puesto que con la palabra cargo se alude a toda profesión que comporte el desempeño de funciones públicas, sea con carácter permanente o eventual. En consecuencia, es el *status* jurídico regulador de la función el que determinará los derechos y deberes inherentes al cargo. A este respecto, el correspondiente a la Guardia Civil viene delimitado fundamentalmente por las Leyes 2/86, 17/89, 11/91 y 28/94.

A continuación exponemos los requisitos que deben concurrir para que el uso de medios coactivos materiales por parte de los miembros de policía encuentre amparo en esta eximente:

a) *Condición de Agente de la Autoridad por parte del sujeto.*

La fuerza ha de ser efectuada por un miembro de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en sentido funcional, es decir, ejerciendo la coacción en el ejercicio de su cargo.

Este es un requisito permanentemente exigido por la jurisprudencia. Ya en 1904 la Sentencia de 8 de junio omitió aplicar la eximente aduciendo la "...intervención puramente oficiosa en la disputa que se suscitó en una taberna... porque en dicho sitio se hallaba pasando el rato como particular, sin prestar servicio ni desempeñar función alguna del cargo..." En igual sentido SSTs 29/12/54 y 20/10/80.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/86 establece en su artículo 5.4 la obligación de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana, por lo que podemos concluir que serán las circunstancias que concurrán en cada caso concreto las que determinarán si la fuerza desplegada lo fue en defensa de intereses particulares o en el cumplimiento de los deberes del cargo, siendo éste el criterio determinante para apreciar la condición de Agente de la Autoridad del sujeto.

b) *Ejercicio de la función pública a él encomendada.*

La coacción debe venir exigida por el cumplimiento de un deber, no sólo jurídico, sino además emanado de normas de derecho público, como corresponde al "status" jurídico del agente.

Por otra parte, la coacción realizada en cumplimiento de un deber policial habrá de ajustarse en todo caso a los preceptos jurídicos en que se apoye, siendo sus límites el respeto que a otros bienes jurídicos impone el propio Ordenamiento, dentro del orden de prevalencia marcado por éste, y las atribuciones conferidas en dichos preceptos.

Este sentido tiene la jurisprudencia, así, STS 29/6/90 "...eximente o exención plena que para su apreciación requiere que el agen-

te haya actuado dentro de sus atribuciones, no sólo reglamentarias... sino también las determinadas en el caso concreto...", STS 10/7/91 "...Para que pueda apreciarse la eximente invocada es necesario que exista un deber específico de lesionar el bien jurídico que resulta afectado. Estos deberes específicos en principio se dan para los miembros de las FCSE que tienen especialmente reguladas las condiciones en que pueden y deben hacer uso legítimamente de la fuerza para cumplir con sus deberes de garantías de la tranquilidad y seguridad pública..."

Es preciso recordar que la Ley impone a los agentes de las FCSE obligaciones con posible uso de la fuerza, en las que ni siquiera se precisa agresión previa:

Detención (art. 492 LECrim).

Entrada y registro domiciliario (arts. 546 y siguientes LECrim, en especial 568).

Alteraciones de la Seguridad ciudadana [arts. 5.2 d) LOFCS y 17.2 LPS].

c) *Necesidad del uso de la fuerza.*

Además de venir en aplicación las disposiciones de la Instrucción de la DSE de abril de 1983, y cuanto se ha expuesto al tratar de los principios que regulan el uso de la fuerza, en especial el de proporcionalidad, la necesidad aquí contemplada viene referida a la infracción del Derecho que debe ser impedida, o en un peligro para los demás que debe ser atajado, pues la eximente no tiene el sentido de procurar la defensa de los propios agentes, sino el de garantizar la defensa del Derecho y procurar la convivencia pacífica, la seguridad y el ejercicio de las libertades por los ciudadanos.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre:

Necesidad en abstracto, que supone la necesidad genérica de la violencia que ha de ser aplicada, de forma que faltará cuando en absoluto sea preciso para el cumplimiento del deber, en cuyo caso no podrá entrar en juego esta eximente.

Necesidad en concreto, que hace referen-

cia a la cantidad o clase de violencia desarrollada. Si falta o existe disfunción por exceso en este tipo de necesidad, se da lugar a la aplicación del artículo 8.11 como eximente incompleta.

Así pues, es necesario la concurrencia de ambas para que pueda apreciarse la eximente, lo que requiere que, ante un supuesto determinado, el agente haya de examinar si es necesario el empleo de la fuerza y, caso de resultar positivo su análisis, elegir el medio adecuado para ejercerla y la intensidad con que ha de aplicarla.

Especialmente luminosa es la STS de 7/12/94, "... La eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, recogida en el número 11 del artículo 8 del Código Penal, surte efectos exculpatórios cuando el hecho enjuiciado integra un supuesto típico, pero que deviene en no antijurídico por la concurrencia de una circunstancia que justifica la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico, convirtiendo así esa acción en penalmente impune (STS de 10/7/92).

Condición absolutamente precisa para poder apreciar la eximente es la **legitimidad de la acción**, de tal modo que no es aplicable la eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresas (STS de 2/7/92).

Por ello, para que pueda aceptarse esta eximente en el caso de quien usa armas o fuerza, se precisa, en primer lugar, que posea **condición de autoridad o agente de la misma y que actúe en el ejercicio de las funciones públicas que le están, como tal autoridad o agente, encomendadas** y, además, que su **comportamiento de recurrir a la fuerza sea necesario**, esto es, que obedezca a una racional precisión indispensable para realizar el cometido de esa función pública, necesidad que la jurisprudencia viene distinguiendo que existe en **abstracto** y en **concreto**, con el sentido de referirse la primera de ellas a la imprescindibilidad del empleo de cualquier género de violencia para conseguir el fin perseguido por la autoridad o agente de ella, mientras que en sentido concreto se refiere a la proporción del medio empleado en la acción, de tal forma que **en el caso de no**

reunir la condición de proporcionado el medio utilizado, se cierra la posibilidad de aplicar la eximente completa, aunque aún cabe la estimación de una incompleta con valor de atenuante, mientras que la no existencia de necesidad en abstracto veda la estimación incluso degradada a atenuante de la circunstancia..."

En iguales términos SSTS de 2/7/89, 19/4/89 y 20/10/92.

EXCESO EN LA VIOLENCIA

Del estudio de los criterios de actuación de las FCSE que se derivan de la legislación de aplicación, y de los requisitos legales que integran las causas de exención de responsabilidad en las actuaciones profesionales que comportan el uso de las armas de fuego, se induce el problema de que con el uso de las mismas se rebasa el marco de las normas y principios básicos que deben presidir su empleo, en cuyo caso el Código Penal desplegará su función punitiva, encajando los excesos de la conducta en alguno de los tipos que examinamos seguidamente.

"Ya es difícil concebir que, salvo supuestos de legítima defensa propia o de otras personas, un agente de la autoridad en el ejercicio de las funciones de su cargo, particularmente si se trata de un encargado por su específico destino de la averiguación de los delitos y de la aprehensión de los delincuentes, cause dolosamente, por el uso de las armas de fuego que legítimamente porta, la muerte de alguien, ya sea del propio delincuente o de otro, porque en tales casos parece evidente que la intención del agente no es la de matar sino la de intimar al autor del delito para poder capturarlo.

Es lógico entender en tales supuestos con carácter general que, si el autor del disparo hubiera conocido que ese resultado iba a producirse, no lo habría realizado, lo que excluye, incluso, el dolo eventual" (49) (STS de 16/12/91).

Compartiendo la argumentación de esta sentencia, entendemos que, en la generalidad de los casos, el exceso en la violencia puede considerarse culposo, consistiendo en un actuar bajo la creencia no fundamentada de

haber empleado el cuidado debido, de que la misma es necesaria para el desempeño de la misión, o de la omisión de los deberes de diligencia o cuidado, siempre que la conducta no cumpla la precaución exigible a un profesional de la seguridad pública en el empleo de las armas (50).

Todos ellos son casos de imprudencia punible, tipificados en los artículos 565 y 586 bis del Código Penal, sin que venga en aplicación a nuestra exposición el artículo 600 del mismo Código, en cuanto únicamente pueden encajar en él los supuestos de daños a las cosas, no a las personas, y siempre que en los hechos enjuiciados a su amparo intervenga cualquier género de simple imprudencia con infracción de los reglamentos.

REQUISITOS DE LA CULPA

Se puede afirmar, en síntesis, que obra culposamente el que omite la diligencia debida (51). El problema central de la culpa consiste en determinar cuándo concurre en la realización del tipo del injusto una falta de la diligencia debida, una infracción del deber de cuidado que incumbe al sujeto que actúa.

La omisión de la diligencia debida significa la omisión de aquel comportamiento que hubiera evitado la realización del tipo del injusto, de manera que concurrirá la culpa si puede apreciarse que, mediante un comportamiento alternativo del sujeto, el evento dañoso no se hubiera producido.

Estas afirmaciones permiten inducir los requisitos esenciales que deben concurrir para la apreciación del actuar culposo:

1. Evitabilidad.

Lo inevitable, aquello que no depende del actuar del sujeto, que no puede evitar, pertenece al Destino, al *fatum*. Ante lo inevitable no tiene sentido preguntarse si la conducta es culpable o no. Este requisito se recoge explícitamente en numerosísima jurisprudencia, generalmente con ocasión de enjuiciarse infracciones producidas con vehículo de motor, así las SSTs de 7/6/63, "...conducta única de la víctima...", 27/9/63, "...ajeno en un

todo a su voluntad...", 6/2/64, "...actos ajenos a la voluntad activa u omisiva del procesado...", 7/2/66, 24/1/68, 17/5/60, 2/7/60, "...súbita aparición de la víctima...", 2/4/63, "...imprevisible por anómalo e impuesto por el modo de operar de un tercero...", etc.

Previsibilidad.

Consecuentemente con lo expuesto, la culpabilidad en la culpa radica en que el sujeto pudo evitar el comportarse como lo hizo. Ahora bien, la evitabilidad presupone a su vez la previsibilidad, puesto que no se puede evitar lo que es imprevisible.

La previsibilidad, la posibilidad de prever, implica que para determinar si una conducta es culposa haya que comparar lo efectivamente ocurrido con otro suceso hipotético, en el cual, introduciendo las correspondientes variantes en lo realmente acaecido, no se hubiera realizado el tipo del injusto.

En definitiva, se trata de calcular las posibilidades que tenía el sujeto en el momento de actuar. Si entre esas posibilidades figura la de evitar la producción del resultado, hay que afirmar que actuó culposamente.

La posibilidad de prever depende del nivel intelectual del sujeto que actúa, de la previsión efectiva o la ausencia de previsión, de la atención que el sujeto prestó o pudo prestar a su comportamiento, a lo que estaba haciendo.

Por ello, la culpa está condicionada individualmente: la conducta que para uno es culposa, no lo es para otra persona, y por tanto, para decidir si un sujeto ha actuado o no culposamente es preciso tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, tanto las objetivas (externas) como las personales, particularmente, en nuestro caso, la condición de agente de las FCSE, aspecto sobre el que más adelante volveremos a incidir.

En conclusión, todo actuar culposo comporta por parte del sujeto una conducta equivocada. Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico, debió el sujeto conducirse de manera distinta a como lo hizo, encontrándose siempre la raíz de que no lo hiciera en el cálculo incorrecto de las consecuencias de su conducta, bien porque no se representó la

posibilidad del resultado, bien porque creyó erróneamente que la posibilidad que se representaba no ocurriría (52).

IMPRUDENCIA PUNIBLE

El Código Penal recoge en el artículo 565, bajo esta rúbrica, dos supuestos de culpa que afectan a nuestra exposición, y que abordaremos por separado: la imprudencia temeraria del párrafo primero, y la impericia o negligencia profesional de su segundo párrafo.

Para apreciar la existencia de un delito culposo, la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. *Existencia de acción u omisión voluntaria pero no maliciosa.*

Para ello debe producirse una actuación activa u omisiva negligente o reprochable por falta de previsión y propiciadora del riesgo y de un factor normativo constituido por la transgresión de deberes impuestos por las normas generales de la convivencia humana o en normas reguladoras de actividades específicas.

2. *Originación de un daño o resultado lesivo.*

3. *Relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante de precaución y el mal sobrevenido.*

En este sentido se pronuncian las SSTS de 17/11/92 y 7/12/94.

Imprudencia temeraria.

Dispone el primer párrafo del artículo 565: el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

La doctrina legal y la práctica jurisprudencial consideran que comete imprudencia temeraria **quien omite "aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente"** (53). Es indiferente para calificar la imprudencia de temeraria que ocurra o no una infracción de reglamentos.

En este sentido, SSTS de 18/3/83, "...sin la precisión, diligencia y cautela que las circunstancias demandaban...", 10/5/83, "...grave imprevisión la persona que... la guardó en su bolsillo en situación de disparo, de suerte que al caer la cazadora al suelo y golpearse la varilla percutora se disparó el proyectil...", 13/2/86, "...descuido, negligencia o abandono del procesado, al no tener el cuidado de comprobar el estado en el que se hallaba su arma, tanto en el momento de dejarla colgada en el taquillón, como cuando la cogió para realizar un acto de servicio...", 23/2/90, "...al ir a cogerla cuando se estaba vistiendo de uniforme para ir a prestar su servicio reglamentario, asió el arma por el centro, introduciendo el dedo en el disparador, a consecuencia de lo cual se produjo un disparo...", 29/12/90, 31/1/92, 7/4/94, 11/6/92, 18/3/93, 12/5/94, etc.

Por otra parte, tal y como quedó de manifiesto al tratar del requisito de previsibilidad, la culpa está condicionada individualmente, y por ello, en la ponderación de las circunstancias objetivas y personales que rodean un hecho concreto en el que se hace uso de las armas de fuego, la copiosísima y uniforme jurisprudencia existente a este respecto exige de todo miembro de las FCSE un especial deber de diligencia en su utilización y manejo, en razón a su formación, instrucción y condición profesional en el uso de éstas.

Así, SSTS de 18/3/83, 10/5/83, 28/5/84, 13/2/86, "...Si todo el mundo que utilice armas tiene el deber objetivo de cuidado de hacerlo tomando las precauciones necesarias para que el uso de un instrumento tan peligroso no puedan derivarse daños, el deber es especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las FCSE...", 17/2/86, 11/12/87, "...la jurisprudencia viene declarando que el deber objetivo que corresponde a cualquier persona de adoptar las cautelas necesarias para que de su utilización no puedan derivarse daños se hace especialmente exigible en personas a las que se autoriza el uso de las armas en misión de vigilancia..."

Igualmente, SSTS de 23/2/90, 29/6/90, "...viene declarando reiteradamente esta Sala

que el deber objetivo de cuidado que corresponde a toda persona de adoptar las cautelas y previsiones necesarias para que del uso de las armas de fuego no pueda derivarse daños innecesarios, se hace especialmente exigible en personas a las que, como a las FCSE, se le encomiendan funciones de vigilancia y mantenimiento del orden público...", 17/7/90, 1 y 10/7/91, 10 y 16/12/91, 7/12/94, etc.

Impericia o negligencia profesional.

Como forma agravada de imprudencia, imponiendo las penas correspondientes a la imprudencia temeraria en su grado máximo, se tipifica en el segundo párrafo del artículo 565 la impericia o negligencia profesional, viniendo este artículo en aplicación, únicamente, cuando a consecuencia de ella se produzcan muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2º del CP.

En el supuesto de que el mal causado fuere de extrema gravedad, el Tribunal, a su juicio, puede elevar en uno o dos grados la pena.

La culpa profesional se basa en la impericia, por ello los términos impericia y negligencia profesional que utiliza el CP se han de entender como sinónimos. **La impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte.** La fuente de tal impericia puede estar, bien en la total falta de conocimiento (ignorancia), bien en un error en el juicio, bien en la defectuosa ejecución de un acto (inhabilidad, torpeza, ineptitud).

En todos los casos se requiere que el sujeto posea un título profesional, pero no basta con ello, pues será culpa común si no ha mediado impericia. Por tanto puede distinguirse entre la culpa del profesional, que es la imprudencia o negligencia común, cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional, que descansa en la impericia. Dejamos constancia de esta distinción dado su verdadero alcance práctico, en función de la mayor pena que corresponde a la conducta que pueda tipificarse como impericia profesional.

Es decir, lo que constituye la diferencia específica de este concepto es la concurrencia de los requisitos siguientes:

1. **Poseción de título profesional.**

2. **Profesionalidad.**

Ello implica que la conducta que se califica como imprudencia temeraria ha de haber sido realizada por un profesional en el ejercicio de las funciones propias de su oficio o cargo.

3. **Plus de ilicitud en la conducta.**

Con ello se requiere que en tal comportamiento haya habido un *plus de ilicitud* negligente, porque el autor del hecho no haya observado algunas o alguna de las normas de cuidado que ordinariamente son respetadas (*lex artis*) por los que ejercen esa misma profesión cuando actúan en supuestos similares. En este sentido puede también considerarse la impericia como caso particular de imprudencia profesional, que se produce cuando la causa de la conducta negligente se encuentra en la ignorancia de algo que, de modo evidente, por el contenido de la propia profesión se debiera conocer.

4. **Existencia de un minus en el plus de ilicitud negligente.**

La agravación cualitativa se aprecia siempre que el profesional se aparta, no por exceso, sino por defecto, de aquello que constituye una norma elemental de actuación que sus colegas ordinariamente observan en casos semejantes.

A este respecto son especialmente esclarecedoras las SSTS de 16/12/91, "... La impericia o negligencia profesional aparece en el actual párrafo 2º, artículo 565, CP como una modalidad agravada de la imprudencia temeraria, aplicable solamente cuando se produce muerte o lesiones muy graves, concretamente las de los artículos 418, 419 y número 2º, artículo 421, a través de un concepto claramente impreciso que ha necesitado una reiterada y difícil construcción jurisprudencial, que ha venido distinguiendo entre la imprudencia del profesional que, por sí sola, no permite la agravación de pena que tal párrafo 2º ordena, y la imprudencia profesional, que requiere, no

sólo que el hecho haya sido realizado en el ejercicio de una profesión, la propia de su autor, sino que, además, haya existido una falta de cuidado que ordinariamente observan las personas que ejercen su profesión en circunstancias semejantes, porque sólo este plus de ilicitud es lo que puede justificar la mayor sanción que la ley prevé. (SS 22 oct. 1958, 16 jun. 1970, 29 mar., 22 abr., 27 may., 7 jun. y 14 jun., todas de 1988, 27 abr., 5 jul., 5 oct., 24 nov. y 1 dic., éstas de 1989, 19 feb., 14 sept. y 5 nov. 1990, 20 feb., 7 nov. y 15 abr. 1991)...

...En este caso, en que el policía actuó con grave imprudencia, desde luego, pero no desentendiéndose de los deberes de su cargo, sino por exceso de celo en el cumplimiento de los mismos, no cabe apreciar ese plus de ilicitud negligente que constituye la esencia y razón de ser de la agravación por imprudencia profesional..."

Y STS 12/5/94, "... La culpa profesional es un ente de contornos no bien delimitados en el texto legal, lo que ha obligado a esta Sala a un esfuerzo exegético para caracterizar el *quid* o nota cualitativa que se sobreponga a la imprudencia común en sus diversos grados. Por de pronto el artículo 565 nos habla de "impericia o negligencia profesional", lo que en una interpretación meramente literalista obligó a la jurisprudencia a estimarla en la imprudencia cometida por un profesional. Pronto se advirtió que no cabe equiparar la impericia a la negligencia profesional, por más que a esta última se tilde de profesional, y entonces se recabó la distinción que hoy permanece entre culpa del profesional, que es la común perpetrada por profesionales, y la impericia, basada en una grosera ignorancia de conocimientos técnicos del que se inscribe en una profesión.

Se habla entonces de una infracción de la *lex functionis* y por ello se ha calificado también a tal impericia como "imprudencia funcional" o incapacidad técnica para quien ejerce determinado arte u oficio, cuyos contornos, en casos, se hacen imprecisos y confusos, sobre todo si el agente observa los deberes que normalmente son exigidos, pero que no se comporta igual en casos extraordinarios... evi-

dentemente atrajeron la más grave especie de imprudencia, no puede decirse con seguridad que, además, incurrieron en el subtipo de imprudencia profesional, dada la eventualidad y mayor rareza del caso en que hubieron de actuar (SS 7 mar. y 4 sep. 1991, y las que en esta última se citan)..."

Para concluir, remitiendo a lo dicho al principio, es de todo punto necesario formar e instruir a nuestro personal en los principios básicos de actuación en el uso del arma de fuego en acto de servicio, y en los requisitos y circunstancias que deben concurrir en los supuestos excepcionales en que el uso del arma esté legitimado, y ello, primeramente, con una sólida formación teórica, y en segundo lugar con la adecuada instrucción profesional en cuanto se refiere a los ejercicios de tiro, de forma que, logrando que los resultados del tiro se correspondan con la intención del tirador, se evite, por una parte la indecisión e inseguridad del agente que desemboca en inhibición, y por otra, las graves consecuencias para los ciudadanos a cuyo servicio, en todo caso, nos debemos.

NOTAS

(1) MANUEL MANZANO SOUSA. Uso de las armas de fuego en acto de servicio. Premio Teniente General Aramburu 1983. Revista de la Guardia Civil.

(2) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. El uso de la Fuerza por la Policía. Revista Guardia Civil.

(3) ANTONIO FERNANDEZ GALIANO. Derecho Natural. Introducción a la Filosofía del Derecho. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 5ª edición. Madrid. 1989. Página 292.

(4) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(5) MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General. Madrid. 1985. Página 410.

(6) DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Asamblea de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948. Redactada por una comisión nombrada tras una Resolución de febrero de 1946 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, presidida por la señora Roosevelt. Se reunió por primera vez en Lake Success el 27 de enero de 1947. Redactado el texto, fue votado por la Asamblea General por 48 votos a favor, ocho abstenciones y *sin ningún voto en contra* (las ocho abstenciones fueron de los seis países del bloque socialista y de la Unión Sudafricana y Arabia Saudita).

(7) ANTONIO FERNANDEZ GALIANO. Op. cit. Página 295.

(8) *Id.* Página 290.

(9) CONVENCION DE SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, dictada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Nacida en el Consejo de Europa para aplicar y regular prácticamente "alguno de los derechos proclamados en la Declaración Universal", como dice el propio preámbulo del texto. Está firmada por diecisiete Estados miembros

(todos menos Suiza), y ha sido ratificada por dieciséis (todos menos Francia), entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. Hay que tener en cuenta que Grecia no forma parte, por retrada, del Consejo de Europa, desde el 12 de diciembre de 1963.

(10) SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH) de 6 de febrero de 1976.

(11) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (STS) de 17 de julio de 1990.

(12) MINISTERIO DELL'INTERNO. Addestramento al tiro. Dipartimento della Pubblica Sicurezza. Direzione Centrale per gli Istituti di Istruzione. Páginas 153 y 154. Traducción del autor.

(13) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Nueva York, 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE número 103 del día 30). Surge con el fin de conseguir que la Declaración de 1948 adquiriera un rango jurídico, y por tanto obligatorio, superando la obligatoriedad sólo moral de aquel texto de la ONU. Para alcanzar tal finalidad, en las sesiones de la Asamblea General en 1951 se decidió articular esa organización en dos Convenios, encargándose de tal labor a la Comisión de Derechos Humanos, que acabó su Anteproyecto en 1954. Estos anteproyectos desembocaron en la aprobación por la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por 105 votos contra ninguno; el de Derechos Civiles y Políticos, por 106 votos contra ninguno; el protocolo facultativo de este último, por 66 votos contra 2 y 38 abstenciones. Su propia denominación indica la finalidad de Convenios presentados a la firma y ratificación de los Estados, entrando en vigor cuando los hayan ratificado treinta y cinco países miembros.

(14) CODIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY. Resolución 169/34 de la Asamblea General de la ONU en su 106 Sesión Plenaria de 17 de diciembre de 1979.

(15) RESOLUCION 690 DE 1979 RELATIVA A LA DECLARACION SOBRE LA POLICIA. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su treinta y una Sesión Ordinaria.

(16) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Manual de Policía Judicial. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1987. Página 38.

(17) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 21/1981 de 15 de junio.

(18) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Principios de Derecho Constitucional Español. Atomo Ediciones. Segunda edición. Madrid, 1988. Página 216

(19) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 48.

(20) Id. Página 48.

(21) Id. Página 48.

(22) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Op. cit. Página 209.

(23) STC 15/1982 de 23 de abril. En igual sentido SSTC de 2 de febrero y 8 de abril de 1981.

(24) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Op. cit. Página 209.

(25) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 47.

(26) A. E. PEREZ LUÑO. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, 1984. Los derechos fundamentales. Madrid, 1985. en A. Torres del Moral. op. cit. Página 215.

(27) ORDEN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. (BOE núm. 236 de 2 de octubre de 1981.)

(28) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA, en la página 110 de la op. cit., la transcriben íntegramente como Circular de la Dirección General de la Policía, de mayo de 1983.

(29) LEY ORGANICA 2/1986, de 13 de marzo, DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. (BOE núm. 63 de 1986.)

(30) LEY 30/1992, de 26 de noviembre, DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN. (BOE número 285.)

(31) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 112. Consideran deseable detallar pormenorizadamente en una norma emanada del Poder legislativo el listado concreto de medios y medidas a emplear en el uso de la coacción directa por la Policía. Así, en la página 109: "Una cuestión que no puede ser más enunciada aquí es la distinción entre armamento policial y armamento militar. Nuestro Derecho no contiene, a nivel legal, como requiere la protección del derecho fundamental a la vida, una descripción de las armas con las que es lícito dotar a la Policía. Dígase aquí que, por respeto a ese derecho fundamental y al de la integridad física, el armamento policial debe revertir la máxima precisión: precisión de la que carecen, por ejemplo, las ametralladoras o granadas". Sólo podemos estar de acuerdo en la necesidad de conseguir un tiro preciso, acorde con la intención del tirador.

(32) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(33) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 50. Citan el *tyfome Deninger y Bege*, sobre utilización de armas de fuego, en el que se llega a considerar que la no previsión en una norma legal del tipo de armamento e instrumentos con los que se dota a la Policía es inconstitucional por afectar a la reserva de ley que protege el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas.

(34) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 50.

(35) LEY ORGANICA 1/1992, de 21 de febrero, SOBRE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. (BOE número 46 de 1992.)

(36) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 52.

(37) MIR PUIG Y LUZÓN PEÑA. Citados por MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(38) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(39) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 52.

(40) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(41) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 64.

(42) JUAN BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal español. Parte General. Barcelona, 1984. Citado por MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(43) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(44) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal español. Parte General. Editorial Dykinson, 13 edición. Madrid, 1990. Página 565.

(45) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit.

(46) Citado por RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Página 565.

(47) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 552 y siguientes.

(48) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 509 y siguientes.

(49) *Resultarian excepcionales los episodios dolosos con ocasión del uso de las armas en acto de servicio, baste recordar que "en el homicidio del artículo 407 del Código Penal, la conducta consiste, precisamente, en matar a otro queriendo la privar de la vida, concurrendo así los elementos objetivo y subjetivo. Si pasamos al dolo eventual y aceptamos alguna de las doctrinas más caracterizadas de la teoría positiva del*

consentimiento, o de la probabilidad.... en ellas el agente asume, toma a su cargo consciente o acepta como probable o muy probable el evento dañoso emanante de su comportamiento real de volición frente a determinado acontecer, rechazo que... se extiende al llamado homicidio preterintencional, que contempla la conducta de quien, queriendo producir unas lesiones, causa imprudentemente la muerte, generándose así una disolución entre lo querido y lo acontecido (STS de 18/3/93). Es evidente que, ante la duda sobre la intención y deseo de no matar, la decisión habría de proyectarse hacia la solución más favorable al inculpado, en aplicación del principio del favor rei.

(50) MANUEL MANZANO SOUSA. Op. cit.

(51) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 473 y siguientes. En la nota (3) de la pág. 473 cita a ANTON ONECA, I (1949), 217: "voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible". DEL ROSAL, Lecciones, I, 1960, 418: "La producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiere prestado la diligencia debida".

(52) En función de la previsibilidad, la culpa se divide en culpa consciente o con previsión y culpa consciente o sin previsión. La culpa consciente se caracteriza porque el sujeto se

representa la posibilidad del evento dañoso y, no obstante, actúa confiado en que no se producirá. SSTS de 28/2/63, 6/12/63, 25/3/64, 8/10/64, 15/11/67, 1/7/69, 19/10/76, etc.

En la culpa inconsciente falta toda representación de aquella posibilidad, aunque el sujeto pudo y debió haber imaginado lo que había de ocurrir y, en consecuencia, haber ajustado su conducta a los mandatos del Derecho. SSTS de 30/9/68, 3/6/69, 16/3/87, etc.

Por lo que respecta al dolo eventual, en él, "...el agente asume, toma a su cargo, consiente o acepta como probable o muy probable el evento dañoso emanante de su comportamiento real de volición frente a determinado acontecer..." (STS de 18/3/93).

En cuanto a la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, SSTS de 22/3/88 y 12/5/94, "...concurre la culpa consciente, vecina del dolo eventual, que se diferencia de éste por el elemento volitivo, pues la voluntad de los acusados no llegó al punto de aceptar los resultados lesivos que se produjeron..."

(53) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Página 488, citando a SILVELA.