

Joan J. Queralt Jiménez

Estudios
sobre Derecho penal
y
protección de derechos
fundamentales

Presentación

Sergio J. Cuarezma Terán



JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Barcelona

Estudios sobre Derecho penal y protección de derechos fundamentales

Presentación
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN



Autor : Joan J. Queralt Jiménez
Cuidado de edición : Alicia Casco Guido
Diseño interior : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Sergio Flores Balmaceda

ISBN: 978-99924-0-672-4

Todos los derechos reservados conforme a la Ley
© INEJ, 2007

Impreso en Nicaragua
por Servicios Gráficos

Esta publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 615/2007, Ley Anual de Presupuesto General de la República de Nicaragua 2007, anexo No I-B, Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No 56, el día 20 de Marzo de 2007, en concepto de apoyo institucional y al trabajo de Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), hoy Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), conforme al art. 1 de la Ley 604/2006.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Índice

PRESENTACIÓN.....	7
LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES.....	11
NECESIDAD, LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD (A PROPOSITO DE LA COBERTURA DE LA INGERENCIA POLICIAL).....	29
INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN SEDE DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL Y POLICIAL.....	63
A. Introducción.....	65
B. Planteamiento: el derecho al secreto de las comunicaciones y la investigación criminal	67
C. El modus operandi en las diferentes intervenciones	69
D. Los estándares de ingerencia policial y la motivación judicial.....	70
1. Habilitación legal, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.....	70
2. La motivación judicial	73
E. La intervencion de las comunicaciones	78
1. Nuevo marco legal	78
2. Clases de comunicaciones	79
3. La intervención	80
4. Implementación de los estándares, exclusividad procesal y motivación judicial	82
a. La vigencia de los estándares	82
b. Consecuencia del principio de legalidad: la previa existencia de diligencias procesales a la intervención de las comunicaciones.....	90
c. La proporcionalidad	92
d. La documentación de la actuación y sus anexos: la entrega al Juzgado de los originales grabados.....	96
F. Epílogo.....	100
UTILIZACIÓN DE LA COACCIÓN FÍSICA ESPECIAL REFERENCIA A LAS ARMAS DE FUEGO	103
A. Planteamiento	105
B. Principios rectores	106
1. Principio de habilitación legal.....	110
2. Principio de idoneidad.....	119
3. Principio de necesidad.....	123
4. Principio de proporcionalidad.....	125
5. Adecuación a las circunstancias del hecho	127
C. La llamada subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad.....	129

D. Toma de posición	131
1. La reserva de Ley.....	131
2. Proporcionalidad administrativa versus legítima defensa penal	131
3. La Convención Europea de Derechos Humanos	135
4. Vuelta a la proporcionalidad.....	137
E. Delimitación de supuestos.....	138
1. Interdicción de la muerte dolosa.....	138
a. agresión ilegítima contra terceros o los agentes	138
b. la fuga.....	139
2. (La orden legítima de) tirar a matar.....	141
a. planteamiento	141
b. requisitos.....	142
3. Conclusión	143
4. La agresión contra los agentes	143
5. Resumen.....	146
LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA Y LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	149
VÍCTIMAS Y GARANTÍAS: ALGUNOS CABOS SUELTOS A PROPÓSITO DEL PROYECTO ALTERNATIVO DE REPARACIÓN	179
I. Planteamiento	181
II. La mediación: algunos problemas	186
A) Objeciones.....	187
1) Objeciones político-criminales.....	188
2) Objeciones dogmático-políticas	191
3) Objeciones sistemáticas.....	193
B) Concepto de víctima	196
C) Las garantías constitucionales y procesales.....	201
1) Presunción de inocencia.....	207
2) Principio de igualdad.....	208
3) Principio de oportunidad	208
4) Principio jurisdiccional	208
D) Admisibilidad.....	209
III. Líneas de implementación de la reparación a la víctima	210
A) Replanteamiento	210
B) La reparación en sí misma	213
1) Cuestión previa: la prevención general.....	213
2) Modo de practicar la reparación	216
IV. Epílogo.....	219

Presentación

Para el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y en especial, en lo personal, no sólo por la relación académica que nos une desde hace muchos años sino por identidad de pensamiento por la defensa de los derechos de las personas, constituye una alta distinción presentar la obra *Estudios sobre Derecho penal y protección de derechos fundamentales* y a su autor el Prof. Dr. Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, docente del Programa de Maestrías en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), a quien su trabajo profesional, académico y científico le otorga un alto prestigio y, por tanto, su reconocimiento nacional e internacional.

La obra del profesor QUERALT JIMÉNEZ, integra una serie de temas que se vinculan a la necesidad del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona frente al poder del Estado y su poder punitivo, cuyo valor, acreditado por la calidad del mismo y del pensamiento de autor, cobra un *plus* para nuestro país y la región centroamericana *en un mundo*, como expresa Eduardo GALEANO, *que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad*.

En este sentido, los temas que expone el profesor QUERALT JIMÉNEZ sobre “La responsabilidad de los Jueces; Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la ingerencia policial); Intervención de las telecomunicaciones en sede de investigación judicial y policial; Utilización de la coacción física. Especial referencia a las armas de fuego; La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. especial referencia a la de las personas jurídicas; y Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos a propósito del Proyecto Alternativo de reparación”, tienen el compromiso irrenunciable del Estado Social de Derecho, y sobre todo de las expectativas de las personas frente a los poderes públicos, de garantizar una justicia independiente y comprometida con el servicio, el respeto a la dignidad de la persona, la prevención y lucha contra el delito.

El Prof. Dr. Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ (1951) es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona (1995). Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1972 y Doctorado por la Universidad Autónoma de Barcelona (1982), ambos con el Primer Premio Extraordinario. Fue Becario de Investigación y Profesor ayudante en la Universidad de Barcelona (1972-1975). Posteriormente, a su vuelta de Munich (1975-77), donde estuvo becado por el Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Munich (Prof. Dr. Claus Roxin), fue contratado por la Universidad Autónoma de Barcelona (1977-1988) donde desempeñó, sucesivamente, los puestos de Profesor Ayudante, Ajunto/Titular interino, Catedrático Interino y Profesor titular de Universidad (desde 1984). Ha realizado estudios postdoctorales (1980-1988 con becas del Consejo de Europa, del DAAD, de la Max-Planck-Gesellschaft y de la Deutsche Forschungsgemeinschaft), para estancias en el MPI de Friburgo de Brisgovia, y en las Universidades de Bonn –Prof. Armin Kaufmann-, Frankfurt –Prof. Hassemer- y Munich –Prof. Roxin-. Entre 1988 y 1992 fue Letrado del Tribunal Constitucional, habiendo obtenido por oposición la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria (1991).

Refractario a los cargos institucionales, ha desempeñado, sin embargo, la dirección del Área de Derecho penal de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria y ha sido miembro del Consejo de Estudios de Graduados en Criminología de la UB (2000 a 2003) y miembro del Consejo de Estudios Superiores de la Seguridad de la UB (desde 2003). Además, es el responsable de la página web del Departamento de Derecho penal y Ciencias penales de la Universidad de Barcelona: <http://www.ub.edu/dpenal/> (desde 2003).

Ha publicado varios libros de Derecho penal, entre ellos, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12ª CP)* (1986), *Derecho penal español* (1986, 52007), *El non bis in idem* (1992), *Introducción a la Policía Judicial* (1986, 31999), *La asistencia letrada al detenido* (1990, 31999). Ha participado como ponente en Congresos y Seminarios españoles e internacionales y dictado conferencias en universi-

dades e instituciones jurídicas y políticas de España, Francia, Alemania, Méjico, Argentina, Brasil, Paraguay, Colombia. Colabora como experto en temas de su especialidad con la Unión Europea en diversos ámbitos. Ha participado en el Programa Goethe de intercambio de profesores universitarios europeos (Barcelona/Lyon III/Frankfurt). En su labor de extensión universitaria es, además, colaborador habitual de medios de comunicación como EL PAIS, EL PERIÓDICO DE CATALUNYA, CINCO DÍAS, TV-3 y otros medios.

Entre sus artículos publicados más destacados en los últimos años se encuentran, *La crisis jurisprudencial de la falsedad documental*, en Derecho penal de la Empresa (M. Corcoy ed.), Pamplona, 2002; *Bribery laws in Spain*, en Comparative Law Study of Private Commercial Bribery Laws in Major OECD-Country-Groups (Heine/Huber ed.), 2003 [= *La corrupción en los negocios privados*, Cuadernos de Derecho judicial, 2003-II, pp. 39-85]; *La cooperación penal en el seno de la Unión Europea: algunas reflexiones sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales*, Sistemas Penales Iberoamericanos –M. Jaén Vallejo, dir./L. M. Reyna Alfaro coord., Lima, 2003, pp. 1245-66; *La mediación en España y perspectivas internacionales*, Derecho, Procesal penal y Victimología –L. M. Reyna Alfaro dir., Mendoza (Argentina), 2003, pp. 211-251; *La falsedad documental: una aporía casacional*, Dogmática y Ley penal, II, -J. López Barga de Quiroga/J. M. Zugaldía Espinar-, Madrid, 2004, pp. 1121-1152; *Tres ejemplos de reciente política legislativa. Del olvido del Derecho penal liberal al mero amasijo de letras*, en Homenaje al Profesor M. Cobo del Rosal (J. C. Carbonell/L. Morillas coords.), Madrid, 2006; *La última respuesta penal a la violencia de género*, La Ley, 13-2-2006 [= con antecedentes, *La violencia de género: política criminal y Ley penal*, Homenaje al Profesor G. Rodríguez MOURULLO (M. Bajo/A. Jorge/C. Suárez coords.), Madrid, 2005, pp. 1185-1128 –en colaboración con M. COMAS D'ARGEMIR–, *La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género*, en Cuadernos de Derecho judicial, 2006, pp. 141 ss. (= Cuadernos de Derecho judicial, XXII-2005, pp. 141 ss)] y *Las escuchas telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente*, en Derecho y Justicia pe-

nal en el siglo XXI. Homenaje a A. González-Cuéllar (J. Díaz-Maroto, coord.), 2006, pp. 1133 ss.

León, 20 de noviembre de 2007

Sergio J. Cuarezma Terán¹

1. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua. Profesor de Derecho Penal del Programa de Maestrías en Derecho Penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

**LA RESPONSABILIDAD
DE LOS JUECES**

Los temas que tienen que ver con la Justicia y más concretamente con los Jueces gozan en la actualidad de una repercusión social enorme. Ambos han pasado de ocupar un marginal espacio en los mass media, en las secciones llamadas de sucesos, a integrarse decididamente en las de sociedad cuando no directamente en las de política. Este relevancia mediática de la Justicia no es casual y, en líneas generales, ha de considerarse positiva. El que los jueces abandonen su oscura covacha secular y vuelvan a la sociedad a la que pertenecen y a la que se deben es algo, en suma, que hay que aplaudir.

Esta mudanza desde el lugar sombrío, secundario y claramente vicario de otras instancias estatales al lugar al sol que las nuevas coordenadas sociales les exigen y la Constitución diseña comporta una serie de consecuencias de muy diversa índole, algunas mal percibidas y peor digeridas tanto por la sociedad, por algunos de sus no siempre bienintencionados voceros como por los demás poderes jurídicos y fácticos; a este malentendimiento no son ajenos, en ocasiones, los propios jueces. La umbría, desde luego, les restaba un protagonismo que ni siquiera podían soñar en ejercer y era la propia del vetusto casino provinciano. Ahora, el lugar al sol potencia el poder de sus decisiones; no obstante, supone una menor comodidad, exige una *transparencia cristalina* y, en consecuencia, la actuación de los tribunales está sometida al permanente escrutinio de la opinión pública.

En mi opinión, el cambio es, no sólo altamente positivo, sino indeclinable para que quepa transitar con garantías por el camino del Estado democrático de Derecho que proclama la Constitución. Lo que la Magna Charta establecía hace ya, quién lo diría, casi 25 años, sigue siendo más vigente que nunca, pese a no pocos intentos de petrificarla y hacerla inamovible, procurar su desactivación como espíritu informador de todo nuestro ordenamiento jurídico y como primera norma jurídica a aplicar. Retengamos ya desde ahora una conclusión: la Constitución es Derecho positivo y, salvo expresas manifestaciones de su texto, no requiere de ningún intermedio legislativo o de otro orden para ser aplicada directamente; no estamos, pues, ante una declaración de mejores o peores intenciones, tal como sucedía con los textos liberales del siglo XIX

o del primer tercio del XX ni menos aun con las raquíticas declaraciones meramente nominales y jurídicamente inservibles de la leyes fundamentales de la dictadura.

Lo que antecede viene a cuento, como prólogo o advertencia, de que para abordar cualquier cuestión que afecte a la Justicia ha de partirse de la base de que nuestro **diseño normativo básico** concibe a los Jueces y Magistrados como el tercer **Poder del Estado**. Dicho de otro modo: a diferencia de lo que sucede en otros sistemas, incluso democráticos, en España el Juez no es –ni puede ser– un apéndice de los demás poderes del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo, puesto que uno de los aspectos esenciales de la función jurisdiccional es la de preservar los derechos de los ciudadanos ante las extralimitaciones del Poder y del control de éste. Sólo, pues, un **Juez independiente**, al margen de los demás poderes estatales, podrá cumplir con plenitud su **función jurisdiccional**. Por ello, el art. 117 de la Constitución, en su apartado primero, alberga dos afirmaciones sumamente relevantes. La primera que la Justicia emana del Pueblo; la segunda que los Jueces y Magistrados, que integran el Poder judicial, son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

En un Estado democrático, todos los poderes emanan del pueblo. La conexión más directa con el mismo la tienen aquellos ciudadanos que deben su función a una elección popular. A diferencia de los parlamentarios y los concejales y de los miembros de los diversos gobiernos que se legitiman por el sufragio o la confianza que las cámaras legislativas les otorgan, los jueces carecen de esa conexión directa con el pueblo.

Su selección, formación y nombramiento se realizan al margen de los procesos electorales y su acceso a la función jurisdiccional es fruto, para la generalidad de ingresos, de de un sistema tan poco transparente y fiable como es el memorístico de las oposiciones, un atavismo antropológico que no asegura razonablemente la selección de los mejores para tan crucial potestad como es la de juzgar y ejecutar lo juzgado. No hay que olvidar, empero, que todo lo que tiene que ver con los Jueces sólo puede venir de la mano de la Ley, es decir, del Parlamento, tal como impone expresamente la Constitución. De

este modo, la ingerencia gubernamental, cuando menos la ostensible y grosera, queda anulada.

Con todo, mediante la calidad de sus resoluciones y la publicidad de los procesos y de las resoluciones dictadas en el transcurso de los mismos, los Jueces obtienen por regla general una **legitimación a posteriori**. O lo que es lo mismo: la legitimación democrática del Juez viene dada porque su poder está diseñado, ajustado y controlado por la Ley, que, a su vez, es fruto del ejercicio de la soberanía popular. Y, como veremos más tarde, por estar el Juez únicamente sometido al imperio de la Ley y no a otras manifestaciones normativas, lo que le sitúa como intérprete ordinario de la voluntad popular y sólo de ésta dependiente. Así pues, la legitimación viene dada pro el resultado de la potestad que se ejerce, esto por su adecuación a los fines a los que sirve.

Pero, se comparta la fundamentación anterior o no, el problema de legitimación de la Judicatura en la actualidad no es tanto el origen –aunque superar viejos hábitos no vendría malde los jueces, tanto el profesional como el social, sino una crisis de confianza en uno sujetos que tienen comportamientos que, en ocasiones, se hacen extraños a la sociedad. Los ciudadanos, al no comprender y, por tanto, no compartir, algunas decisiones, quedan perplejos; y pasar de la perplejidad a la desconfianza más o menos abierta, media poco trecho.

Sin embargo, antes de proseguir por este derrotero de cierta crisis de credibilidad de la Judicatura, conviene retomar la segunda de las dos menciones relevantes del artículo 117 de la Constitución que mencionaba más arriba. Desentrañar su contenido nos permitirá en buena parte superar algunas perplejidades.

La referida disposición de la Norma Fundamental estable con rotundidad que los jueces son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Cada una de las cuatro notas que se reflejan en la literalidad transcrita son mucho más que bellas palabras; encierran la esencia de los elementos que permiten que la función jurisdiccional puede llevarse a cabo cabalmente.

En primer término, la **independencia** de Jueces y Magistrados es vital para un correcto funcionamiento del sistema democrático. Esa independencia supone, como mínimo, que no están sometidos políticamente a alguno de los demás poderes del Estado. Pero eso sólo sería una independencia formal que la práctica podría torpedear. **Independencia judicial** quiere decir algo más; quiere decir, que el Juez debe estar correctamente formado, que debe estar dignamente pagado –algo que hoy dista mucho de haberse alcanzado–, que debe contar con los elementos personales y materiales necesarios para ejercer sus funciones –algo que tampoco puede decirse de lo que estamos boyantes– y que nadie, fuera de los casos establecidos por la Ley, es decir, mediante el sistema de recursos, puede corregirles y/o modificar sus resoluciones. De forma satisfactoria sólo está plenamente desarrollado esta última vertiente de la independencia; la formación empieza, aunque no sin tensiones, a funcionar mejor y sobre los otros dos ya he apostillado y cualquier ciudadano puede observarlo por sí mismo. Todo ello culmina, como ya se avanzó antes, con la previsión constitucional, rigurosamente cumplida, de que todo lo concerniente al estatuto personal y funcional del Juez sea regulado por Ley: acceso a la carrera judicial, promoción, retribuciones, sanciones, ... Por ello, y con gran esfuerzo de los propios jueces, éstos son satisfactoriamente independientes.

La **inamovilidad** es la siguiente garantía que adorna el estatuto judicial. De hecho es una consecuencia de la independencia, pues ésta de poco serviría si, dictada –o dejada de dictar– una determinada resolución, el juez fuera tenido por desafecto por parte del poder político y, en consecuencia, fuera trasladado de un día para otro –tal era el sistema anterior– a otro destino, aunque supusiera un ascenso. **Inamovilidad** significa también que el Juez no puede ser cesado ni jubilado salvo por las causas y con los procedimientos legalmente previstos. Así se asegura que el Juez no pueda ser perturbado ilegítimamente.

Pasemos ahora a la cuarta de las notas constitucionales ya descritas, la de que los integrantes del Poder Judicial se encuentran **sometidos únicamente al imperio de la ley**. Esta expresión, de origen anglosajón, es sumamente rica en contenidos y

matices. Y conviene detenerse un poco en su examen. En primer lugar, esta expresión es hija de la concepción liberal de la Política y del Derecho, que está en la base de los sistemas políticos democráticos. En este contexto, el Juez deja de estar al servicio de un señor, ya sea el Rey o, incluso, el Estado. El Juez queda sólo vinculado por lo que diga la Ley, esto es, una disposición normativa del Parlamento que es donde reside, no se olvide, la soberanía popular. De esta suerte, el Juez al adoptar sus decisiones no está vinculado por las disposiciones que hayan podido dictar las diferentes administraciones; es más, una de sus competencias más relevantes es establecer la legalidad de estas disposiciones administrativas, es decir, si están dictadas dentro del margen que permite la Ley.

De este modo, se garantiza un **objetivo esencial** del Estado de Derecho: la **separación de poderes**, evitando su confusión, el sometimiento de todos los poderes a Ley y no sólo a sus propias disposiciones, la interdicción de la arbitrariedad y, llegado el caso, la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos y sus agentes por incumplimiento de la Ley. Estos cuatro paradigmas del Estado de Derecho, el que alumbró la revolución burguesa, sólo muy tardíamente se han realizado con cierta plenitud. Siempre, y no sólo en España, aquí por obvias razones de desprecio institucional del Derecho durante casi medio siglo, faltaba algo para que las proclamaciones de los frontispicios constitucionales pasaran del papel de las gacetas oficiales a la práctica cotidiana. Al Estado de Derecho le faltaba, por así decir, la pata del **control efectivo de los poderes** en su actuación en todos los terrenos. Esa pata es el Poder Judicial, pero no un Poder Judicial cualquiera, sino un Poder Judicial integrado por jueces independientes y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Y, consecuentemente, responsables.

La **responsabilidad** de los titulares de los diversos poderes públicos es algo reciente. Su generalización es muy dificultosa; quines ostentan el poder ofrecen resistencias basadas en las más variopintas excusas ante quienes, primero, deben contratarlos, y después, si llega el caso, exigirles las responsabilidades. En palabras del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, el siglo XX ha sido el siglo de **la lucha contra las inmunidades**

del poder. Poco a poco, tortuosamente, se ha construido en el mundo occidental un sistema de responsabilidades públicas que alcanza, como no puede ser de otro modo, las penales.

La exigencia de aquéllas se complica cuando se han de exigir a los que, por definición, las exigen, esto es a los jueces. Surge el ya famoso –y demagógico- brocardo: *quid custodia custodes?* Digo demagógico, porque quien así piensa, lejos de procurar una solución, lo que pretende es que ni siquiera los controladores controlen, pues se aduce que la cadena de controladores sería infinita, costosa y, en definitiva, absurda. Sin embargo, estamos ante la exigencia indeclinable de someter a control a los encargados de administrar el poder; y, por supuesto, a quienes a su vez les controlan. **¿Cómo?** Primero, sometiendo a los controladores a un **escrutinio público permanente**; la transparencia es la primera y más decisiva vara de medir; y, después, hay que diseñar una serie de **mecanismos legales**. No hay que olvidar, empero, que el Juez no hace la Ley ni la puede corregir: estamos en un sistema con división de poderes. Muchas de las críticas que recibe la Justicia deberían, en su caso, dirigirse a los Parlamentos. Y, aun admitiendo dissentimientos radicales con determinadas disposiciones de nuestros tribunales, no cabe aceptar que sea, como se ha sostenido, por políticos de primera línea, que los jueces hayan de plegarse al veredicto, que según tales políticos, el pueblo ya ha dictado. Primero, porque el pueblo no ha dictado ningún veredicto; segundo, el pueblo, desconoce todos los extremos de un caso, conoce sólo lo que se le ha transmitido, que forzosamente es parcial e incompleto; tercero, el pueblo, cuando, como jurado administra justicia llega prácticamente siempre a las mismas conclusiones que los jueces profesionales, pues aquí sí ha visto las interioridades del caso, lo que le obliga a adoptar difíciles soluciones ante casos complejos e, incluso, muy complejos. Por lo tanto, el distanciamiento social de la Justicia es, en buena medida, un tópico que tiene no poco de malicioso.

El escrutinio público tiene un **perverso efecto secundario** que ha de ser denunciado. La crítica, siempre necesaria, pues es el oxígeno del sistema democrático, no puede dejarse en manos de truhanes demagógicos e ignorantes. Basta con atender las procacidades de algunos creadores de opinión, especial-

mente, en las ondas; procacidades que se ve potenciadas por conocimiento de causa sólo comparable al de los amiguetes encervezados discutiendo sobre el último partido de fútbol del equipo de sus amores. Pero, justo es decirlo, esa, en el mejor de los casos, irresponsabilidad de tunantes antropológicos no sólo afecta a los jueces al convertirlos en objeto de críticas tan feroces como torcidas; de ella son víctimas igualmente cuantos operan cara al público. La libertad de expresión, por demás, no está para alegrarnos los oídos, sino para que cualquiera, incluso los irresponsables, puedan decir lo que les venga en gana. Con todo, el **balance resulta positivo**: airear un ambiente tan viciado como ha sido históricamente el de la Justicia era de rigor. Y ello ha tenido efectos beneficiosos sobre los Jueces y Magistrados al obligarles a ser conscientes de que, **sin apartarse de las normas**, éstas han de aplicarse al mundo real y no a una ensoñación ideal, alejada de la realidad. Poco a poco, a la Justicia se le cae la venda de los ojos; algunos se habían tomado al pie de la letra la alegoría.

Junto a este escrutinio constante del poder y de quienes lo ejercen, debe arbitrarse un **sistema de exigencia de responsabilidades con suficientes garantías jurídicas**; garantías para los que deben ser sometidos a un proceso de responsabilidad, como garantía de fondo a su vez para los ciudadanos de que tal **proceso es real y no una mera finta semántica**, destinada únicamente a cubrir el expediente.

En España, tras la Constitución, los Jueces y Magistrados son los servidores públicos que más expuestos están a ser objeto de un control serio y efectivo. Y nos debemos congratular que así sea. En efecto, nuestros titulares de la jurisdicción están sometidos a un triple nivel de exigencia de **responsabilidad: la civil, la disciplinaria y la penal**. La primera, relativamente poco usada por los particulares, sus principales beneficiarios, se centra únicamente en la reparación económica de daños causados, sin necesidad de mediar ningún tipo de culpa imputable al titular del órgano. Una tradicional defectuosa concepción de la culpa extracontractual y de la responsabilidad objetiva hace que, no sólo en este terreno, resulte poco frecuente recurrir a esta vía de contenido meramente económico.

Con todo, los jueces suelen tener suscritas particularmente pólizas que cubren la eventualidad de estos siniestros.

Mucha mayor trascendencia tiene en la práctica la exigencia de la **responsabilidad disciplinaria**: se corrige en esta sede desde el retraso injustificado en la tramitación de asuntos, la deficiente custodia de los mismos o desatenciones con compañeros, funcionarios, abogados, procuradores y, lo que empieza a ser cada vez más relevante, el público, son algunos de los ejemplos de los ejemplos de infracciones en este orden de cosas. La sanción para los casos más graves –y alguna se ha impuesto– es la de expulsión de la carrera; no son infrecuentes suspensiones de más de seis meses –que comporta la pérdida del destino–; multas y amonestaciones configuran las sanciones más habituales. Sanciones que se imponen dentro de un proceso administrativo en el que el ciudadano denunciante, si lo hay, es informado del mismo.

Ahora bien, **la responsabilidad disciplinaria tiene un límite infranqueable**: todo lo que concierne al **contenido de las resoluciones judiciales es inaccesible al control disciplinario**. Ello es así y debe ser así. En efecto, para dilucidar la conformidad a Derecho de las resoluciones la Ley ha prescrito un generoso –en ocasiones excesivamente largo y siempre premioso– sistema de recursos, sistema que, por otro lado, no puede ser infinito. Nuestro sistema brinda, además, protección específica a los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional contra todos los actos de los poderes públicos, incluidos los del judicial; y, en menor medida, consecuencia de una cicatera y difícilmente compartible actitud del Tribunal Supremo, rayana en el corporativismo para decirlo suavemente, por parte del Tribunal Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo y del Comité de Derechos Humanos de la ONU, con sede en Ginebra. Así pues, garantizada prácticamente la revisión por un tribunal superior en todos los supuestos, incluso para resoluciones de mero trámite y que no ponen fin al proceso o a una parte sensible del mismo, y con el refuerzo de la garantía de los derechos fundamentales, el sistema está razonable asegurado. Pueden haber errores, incluso injusticias, pero la vida no es ya justa: ni siquiera es perfecta.

Por ello, la disconformidad con el contenido de una determinada resolución debe hacerse valer, por las partes del proceso, dentro de los cauces, términos y formas legalmente previstos. Al igual que el Juez que dicta una sentencia, por ejemplo, en primera instancia, está predeterminado por la Ley, el órgano superior que la revisa, también. Así, el debate queda centrado jurídicamente y sin que aparezcan injerencias extrañas.

En cambio, el sistema disciplinario no está administrado por jueces, sino por un órgano político-administrativo: el Consejo General del Poder Judicial. Precisamente, una de las más decisivas aportaciones de la Constitución, consecuencia de reivindicaciones profesionales y ciudadanas fruto de las trapacerías que la dictadura perpetró en la Administración de Justicia, es la de residenciar fuera del Ministerio de Justicia la potestad disciplinaria y atribuírsela al Consejo. En líneas generales, su actuación ha sido más que aceptable, ha sido muy acertada; en todo caso, mucho más que algunas sentencias revisoras del Tribunal Supremo que, de nuevo, ha actuado en ocasiones muy corporativamente al revocar total o parcialmente alguna sanción disciplinaria más que ajustada a Derecho.

Pero sea como fuere, el ejercicio de la potestad disciplinaria no puede sustraerse en buena medida a consideraciones de oportunidad, conveniencia y ponderación de diversos factores en juego, que la hacen mucho más laxa que la responsabilidad penal, que veremos más abajo. Y, además, la responsabilidad disciplinaria está en manos, como he señalado, de un órgano político-administrativo de rango constitucional. Entre los objetivos que perseguía su creación era el de **garantizar la independencia judicial**. Pues bien; no basta con sustraer al Poder Ejecutivo la potestad disciplinaria, conferírsele al Consejo y hacer de éste, si pudiera entrar en aspectos jurisdiccionales, que se convirtiera en una vía de control análoga a la de los recursos ordinarios. Si fuera así, de hecho, el Consejo haría la competencia al Tribunal Supremo o a los Tribunales Superiores, pues revisaría las decisiones de Jueces y Tribunales. Y, por si fuera poco, lo haría con infinitas menos garantías para los ciudadanos y los jueces; ello supondría una **injerencia política** en el proceso y resultado de la toma de decisiones de los llamados a resolver los contenciosos entre particulares y en-

tre éstos y los poderes públicos. El cambio constitucional hubiera supuesto, además de un fracaso, una engañifa, ya que la intromisión en la función jurisdiccional seguiría intacta; únicamente, habría cambiando, aparentemente, de manos y la independencia de la Magistratura no pasaría de ser una quimera desacreditada a los ojos de los ciudadanos.

En resumidas cuentas, si disponemos de un sistema razonable de control disciplinario de jueces y magistrados, hay que evitar caer en la tentación de sucumbir a **perversión del sistema**, esto es, **servirse de la potestad disciplinaria para corregir resoluciones que no agradan** –generalmente por ser políticamente incómodas- o, lo que es peor aun, y en tal trance podríamos encontrarnos en la actualidad, para realizar una especie de **ajuste de cuentas con jueces díscolos** en temas más diversos; en este contexto, bajo la excusa de potestad disciplinaria se daría cobertura para arremeter contra aquéllos fuera de los supuestos en que tal intervención es la debida. Y ello es preocupante y así debe manifestarse, toda vez que se observa una corriente de actuación gubernamental, congruente con sus orígenes reaccionarios, poco respetuosa del modelo constitucional, tendente a exigir a los Jueces que acepten los fines fijados en áreas de la Administración y que, en consecuencia, se limiten a rubricarlos sin poner obstáculos, calificados no pocas veces, de modo despectivo, de formalismos o de garantismo enfermizo. **El Juez no es ni puede ser colaborador de ninguna acción de otros poderes**, por más loable que tal fuere, aunque, si de verdad lo fuere, no requería su bendición.

Finalmente, nos encontramos con la más grave de las responsabilidades, que es la **penal**, y la que, como es lógico, salta más a la opinión pública. De un tiempo a esta parte, la palabra **prevaricación** se ha convertido en un vocablo de uso común. Aunque no es el único delito que el Juez puede cometer en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sí es el nuclear. En efecto, dado que el Juez tiene encomendado el poder de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, todo ello conforme a las disposiciones legales, cuando dicta una resolución, final o incidental, que es **abiertamente contraria al sistema jurídico, quiebra el contenido esencial de su función**. El ordenamiento jurídico prevé la producción resoluciones erróneas, discuti-

bles o incluso ilegales; para ello existe un sistema de recursos y, en determinados supuestos del mal llamado error judicial, indemnizaciones. La previsión legislativa da por supuesto que desajustes entre lo dictado en una resolución y lo que la Ley establece se van a dar; lo que la sociedad, en cambio, **no puede consentir es que el Juez haga de su capa un sayo, apelando o no a su propia conciencia, se erija en legislador, derogue la norma y aplique otra desconocida** al caso en cuestión. La prevaricación es, pues, la **oposición frontal del resuelto judicial a la Ley**. No es necesario que sea algo ostensible y palpable; desde luego no siempre lo podrá ser, por lógica incapacidad técnica, para el lego en Derecho.

Junto a la prevaricación el Código penal castiga la denegación de justicia –negarse el Juez a juzgar- y el retardo malicioso en la tramitación de los asuntos. Todos estos delitos, paradigmáticamente judiciales y sólo comisibles en el ejercicio de la jurisdicción, tienen como pena principal una **pena demoledora como es la inhabilitación** en mayor o menor extensión. Dada la relevancia que esta pena ha tenido últimamente, pues su ejecución se ha visto asociada a casos flagrantes de prevaricación, me detendré un poco sobre la misma algo más abajo. Además de esos delitos típicamente judiciales, los encargados de impartir Justicia pueden incurrir en **otros delitos propios del resto de servidores públicos** como el soborno (cohecho en el lenguaje legal), el tráfico de influencias, la falsedad documental o vulneraciones de derechos fundamentales de la persona.

Sobre este último tema, **la vulneración de los derechos fundamentales** de la persona, alguna cosa hay que decir. No son infrecuentes en nuestros procesos que en alguna fase de los mismos, el juez ya en primera instancia o los magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria o de la constitucional deban anular no sólo una parte de los cargos o de la condena, sino toda la sentencia por que se han vulnerado durante el proceso los derechos fundamentales del encausado. Ello, en principio, puede ser algo en sí irrelevante, pues uno de los motivos preestablecidos por la Ley para recurrir es la vulneración de tales derechos.

Lo llamativo tiene lugar cuando se produce un escándalo por absoluciones ante casos tenidos por muy graves. En primer lugar, hay que distinguir los casos a los que me refiero de otros en los que los medios de comunicación, que cargaron las tintas en su momento, las siguen cargando con titulares poco felices, pero nada infrecuentes, tales como *absuelto del violador del ascensor o pederasta en libertad por falta de pruebas*, rotundidad que se matiza a vez en los textos que les siguen. Si se ha absuelto a alguien acusado de violación, es porque no había cometido la violación, violación por la que la opinión publicada más que pública ya le había condenado. Lo mismo cabe señalar de la otra afirmación: sin pruebas no se puede condenar a nadie por más antipático que nos caiga.

Me refería a otros supuestos. Tengo en mente aquellos supuestos en que hechos inusitadamente graves de terrorismo o de tráfico de drogas a gran escala, es decir, casos palmarios de **delincuencia organizada y peligrosa**, culminan con absoluciones totales o parciales, lo que comporta sentencias irrisorias cuando absolutorias, aunque correctas en grado sumo. Así, por ejemplo, resulta que las escuchas telefónicas se hicieron sin autorización judicial, ésta no fue motivada, o no lo fue la de su prolongación; tres cuartos de lo mismo sucede cuando la violación de derechos se perpetra sobre el domicilio del presunto delincuente o cuando las piezas de convicción sobre las que han de practicarse las pruebas o contrapruebas desaparecen o están dañadas, pese a lo cual el proceso sigue; o no hubo letrado asistente al detenido o en otras diligencias. En estos casos, que comportan un gran beneficio a quienes han visto sus derechos violados, nunca se exige responsabilidad por nadie, lo que especialmente debería hacer el Ministerio Fiscal, ni para nadie. Cuesta pensar que, tras casi 25 años de vigor de la Constitución, algunos policías, algunos fiscales y/o algunos jueces no dominen lo más elemental del proceso, tan elemental que lo sabe cualquier ciudadano por iletrado que sea. He aquí un frente de responsabilidades tan grave como inexplorado y no puede concluirse el apartado que hace referencia a este asunto sin mencionarlo.

Más arriba aludía a la pena típica de los delitos esencialmente judiciales: la **inhabilitación**. Conviene efectuar unas

puntualizaciones y veremos como el legislador ha diseñado un sistema razonable; cosa distinta es que tal sistema sea objeto de plena implementación por todos los llamados a cumplirlo, empezando por la Administración a la hora de ejecutar las condenas penales impuestas a sus funcionarios.

El Código penal contempla para los servidores públicos –y, en general, para los profesionales que comenten delitos en el ejercicio de sus funciones- una **pena privativa de un derecho**; este derecho es el derecho a ejercer la función para la que se ha sido nombrado. Así, el médico imprudente es apartado por la Ley –por los tribunales algo menos- de la medicina; lo mismo sucede con el recaudador de impuestos que se apropia de lo recaudado. Este apartamiento reviste dos modalidades: la suspensión y la inhabilitación. La primera, esto es la **suspensión**, supone que el condenado queda durante el tiempo de la condena, por así decir, congelado. En cambio, la **inhabilitación** comprende **dos aspectos**: la expulsión de la carrera funcional o profesional a la que se pertenezca y la imposibilidad durante un tiempo, nunca menor a tres años, de volver a ingresar en las mismas o en otras análogas, que han de especificarse en la sentencia. Además, finalizado el periodo de inhabilitación, el sujeto en cuestión, si quiere (volver a) ejercer funciones públicas, deberá estar previamente rehabilitado, lo cual alarga aun más el tiempo de (re)incorporación.

Un ejemplo paradigmático para ver la distinción práctica entre una y otra modalidad de privación de derechos lo tenemos con el permiso de conducir. Si alguien resulta condenado por conducir de un determinado modo a la suspensión del citado permiso, la representación visual de la ejecución de esta pena sería más o menos como sigue: el sujeto va al Juzgado, entrega su permiso, éste se guarda en su expediente, y, transcurrido el tiempo de la condena, el interesado se presenta de nuevo en el Juzgado y se le devuelve el documento, con lo cual puede volver a conducir. En cambio, si fuera condenado a inhabilitación para conducir, cuando entregara el permiso en el Juzgado, el documento sería destruido; finalizado el tiempo de prohibición de volver a obtenerlo, y rehabilitado, podría volver a examinarse y sólo tras superar la prueba pertinente ob-

tendría **otro permiso** de conducir; el suspenso, en cambio, recupera el que ya tenía.

La previsión de la pena de inhabilitación para los delitos eminentemente judiciales, junto con otras disposiciones del estatuto legal de los Jueces, constituye la garantía que, de hecho, quien ha torcido el Derecho, poco importa en beneficio de quien, tenga la fácil oportunidad de volver a vestir la toga y pretender impartir Justicia sin mayor carga que un lapso de apartamiento del ejercicio de su función. **¿Cómo ha de ver un ciudadano al juez que ha sido expulsado de la carrera por prevaricador y que, sin embrago, es el juez de su caso?** Desde luego lo verá con toda la aprensión justificada del mundo y esa deslegitimación impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el sentido que impone la Constitución.

El ordenamiento jurídico no es perfecto; puede presentar, y de hecho presenta, lagunas, desconexiones, quizás menos de las que parece. Con valentía, el Tribunal Constitucional tiene sentada como doctrina para las disfunciones judiciales que **no existe un derecho fundamental al acierto del juez**. Para empezar el acierto es imposible: por regla general, de un pleito saldrá descontenta siempre una parte, la que ha perdido. Sí que es posible afinar los controles sobre la calidad técnica de las resoluciones. Por un lado, la formación inicial y la continuada del Juez debe constituir –y empieza a constituir de un tiempo a esta parte– un apartado principal en las preocupaciones de los poderes públicos y muy específicamente del Consejo General del Poder Judicial. Por otro, el propio control jurisdiccional vía recursos tiene que extremarse más y mostrar los tribunales superiores menos tolerancia con errores subsanables en la propia vía judicial, no consintiendo cualquier interpretación posible de las leyes, sino sólo la más acertada y acorde con la Constitución, con la Ley y, por tanto, con el caso.

Finalmente, como sucede en algún otro de nuestros vecinos, podría cambiarse el **sistema de promoción profesional en la Magistratura**. Nuestro actual sistema, basado en la mera antigüedad, es un sistema, en apariencia seguro, pero que lleva al absurdo, fomenta la ley del mínimo esfuerzo y descorazona a los más activos que no ven recompensa a sus inquietudes.

tudes. Al igual que se ha previsto para las Fuerzas Armadas, una parte de magistrados podrían ascender, si así lo desean por antigüedad y otros, más rápidamente, pero por méritos, preestablecidos éstos claro está. Así desde una mayor formación académica hasta un menor índice de sentencias revocadas, una mayor número, allá donde sea posible, de conciliaciones, una llevanza de la oficina al día dentro de unos estándares -los conocidos como módulos-, un esfuerzo especial en formación continuada, en la participación en tareas de formación de otros jueces, ... De este modo, sin ponderarlo negativamente, el ***cumplimiento correcto superior a la media*** de la función jurisdiccional supondría ***mérito esencial*** para progresar en el escalafón judicial -otro de nuestros fósiles este del escalafón-. Igualmente debería acontecer para la provisión de plazas (de Presidencias de Audiencias Provinciales, de Tribunales Superiores de Justicia, de todos los Magistrados del Tribunal Supremo, ...); ahora se lleva a cabo por el mal llamado sistema de libre designación, o lo que es lo mismo: una parte decisiva de las razones del nombramiento -ahora estos nombramientos son inmotivados, con lo que es lícita la sospecha, en algunos casos, de arbitrariedad- debería recaer sobre méritos reales y no en los de la afinidad y en el de aguantar el paso del tiempo; también las piedras soportan el paso del tiempo y eso no las hace merecedoras de nada, si acaso de ser coleccionadas por los museos.

En las líneas que preceden se ha pretendido ofrecer una panorámica, forzosamente superficial, de los presupuestos y consecuencias de la responsabilidad de los jueces y magistrados en un Estado de Derecho, como es el nuestro. Cierto es que el sistema no es perfecto y que presenta flancos mejorables; unas mejoras tendrán que venir de la mano de reformas legislativas, las menos y las menos urgentes; otras, en cambio, deben venir por el fortalecimiento y puesta en práctica real y efectiva de pautas profundamente democráticas de lo que representa el Poder Judicial en un Estado social y democrático de Derecho tanto por parte de los Jueces como por parte de aquellos que deben controlarlos, tanto interna como externamente. En ese camino, pese a quizás demasiados zigzagueos y algún que otro retroceso, me parece que nos hallamos.

**NECESIDAD, LEGALIDAD
Y OPORTUNIDAD (A
PROPOSITO DE LA COBERTURA
DE LA INGERENCIA POLICIAL)**

I. La actividad de los poderes públicos supone, a fin de atender (al menos típico-idealmente) las crecientes demandas que motivan la existencia del Estado social, constantes ingerencias en la esfera de los derechos de los particulares, exigiendo, llegado el caso, también coercitivamente el cumplimiento de los requerimientos que los agentes públicos les dirigen. La imposición y exigencia de comportamientos a los ciudadanos no es, desde luego, una novedad histórica: antes al contrario, más bien un sino. Hoy en día, sin embargo, cabe e, incluso, puede ser menester, abandonar el fatalismo concomitante y la correlativa predisposición a encarar el problema de las exigencias referidas con las manos prácticamente vacías o, mirando a otro lado, intentando soslayar la cuestión.¹ Hoy día, sin dejar de reconocer las potestades públicas, pero en su condición de técnicas instrumentales, el Estado democrático ofrece un conjunto de remedios y el clima político necesario para sacar el tema de las inmisiones públicas más allá de las tradicionales relativas a la libertad (leyes penales) y propiedad (leyes fiscales y expropiación).

En efecto, la virtualidad de lo que se entiende es -o ha de ser- en nuestros días un Estado moderno pasa necesariamente por sacar de la rebotica del Poder público el conjunto de posibilidades de ingerencia en las esferas de los ciudadanos y, concretamente, sacar a la luz esta cuestión capital, de la actuación policial es el arquetipo; pues, no es necesario recordar, que el poder del policía ha sido considerado entre nosotros -y no sólo entre nosotros- como algo inmanente al Poder Ejecutivo, tanto en su forma como en su alcance² y, por ende, y lo que es más grave, sustraído al debido control normativo en todas sus manifestaciones. Por ello, dada la íntima vinculación de la función policial con el mantenimiento de la seguridad pública no es de extrañar que las tres categorías que aparecen en el título,

1. 1.-Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho administrativo, I, Madrid 1988, p. 715.
2. 2.- Cfr. el mismo, op. cit., p. 745, 749. Vid. STS 25.6.1974 y el comentario ciertamente instructivo de GARCIA DE ENTERRIA, Sobre los límites del poder de policía general, en REDA, (5), 1975, pp. 203 ss. (212 ss).

necesidad, legalidad y oportunidad, sean de referencia conatural al ejercicio de dicha función.

La cuestión es, pues, no la formulación de una obviedad, sino el intento de entrelazar dichas categorías, jerarquizándolas, a fin y efecto de que se cumpla lo mejor posible el designio constitucional, contenido en el artº. 104 de nuestra Magna Carta, es decir, la misión policial entendida como la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Este precepto alberga en sí una tensión bipolar al definir el ámbito competencial de la Policía, tensión que, sin embargo, a mi modo de ver, el propio constituyente resuelve tendencialmente en favor de la protección del ejercicio de los derechos y libertades; pues éstos, no ha de olvidarse nunca, constituyen el fundamento del orden político³ y de la paz social junto a la dignidad de la persona, tal como proclama el artº. 10 de nuestra Constitución.

Fundo mi tesis no sólo en esa obligada referencia al artº. 10 CE, sino en la propia redacción del citado artº. 104: aparece en primer lugar la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, de todos, de los fundamentales y no fundamentales, de los de reconocimiento constitucional y de los de configuración legal. Muy otra significación hubiera tenido una redacción inversa; es decir, una hipotética confección del precepto que hubiera situado en primer plano de la actuación policial el mantenimiento de la seguridad pública. Esta hipotética factura de la norma constitucional hubiera supuesto, desde luego, un seguimiento fiel de una tradición secular, con el consiguiente mantenimiento de planteamientos alejados de la protección y fomento de los derechos y libertades públicas que es la categoría que está en la base de los poderes públicos de cuño inequívocamente democrático. De seguir la tradición, hubieran continuado incólumes dos de los principios del enunciado del título de estas líneas, a saber, la necesidad y la oportunidad.

3. Categórica y convincentemente, GARCIA DE ENTERRIA en GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Administrativo II, Madrid, 1988, pp. 61/s.

II. Sentadas las bases de las que parto, procede ahora dar cumplida cuenta del contenido del título de las presentes líneas.

1. La necesidad se presenta como una categoría fáctica que mueve a la actuación de los operadores jurídicos, en este caso a los policiales, allá cuando se produce un supuesto de intervención. La necesidad, en tanto que categoría factual se entiende desde esta perspectiva como la llamada a la acción, motivada esta acción por la producción del hecho material desencadenador; consecuentemente, la necesidad responde también al porqué de la actuación. Así las cosas, el horizonte normativo de la necesidad de la actuación queda cumplimentado con una llamada a la satisfacción de la necesidad de seguridad, necesidad que se produce cuando toma cuerpo una quiebra real o presunta de la paz ciudadana. Dicho plásticamente: toda quiebra o amenaza de la tranquilidad ciudadana es base bastante para mover a la Policía a actuar, ya sea administrativa, gubernativa o judicialmente. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, tal intervención quedaría justificada con la mera invocación del cumplimiento de la función policial de protección de la paz pública.

Este planteamiento, no exento de cierta dosis de acierto procedente del Derecho General de Prusia que data de 1794, es decir, en el umbral de la muerte del despotismo ilustrado que pugnaba con el incipiente liberalism⁴, significa poner el acento del concepto de la función policial en la salvaguarda del orden público, entendida esta concepción como habilitadora suficiente y universal del poder político de intervención policial, y plantea, pese a su simplicidad, no pocos problemas reales y nada especulativos.⁵

4. En igual sentido antiliberal se dictaron, por ejemplo, las leyes de seguridad pública prusiana e italiana de 1931; cfr. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público, en REDA (15), 1977, pp. 618 s.
5. Vid. DENNINGER, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, en DENNINGER/LÄDERSEN, Polizei und Strafprozesse im demokratischen Rechtsstaat, Frankfurt del Meno, 1978, pp. 104 ss. El BVerfG, 33, 1 ss. entiende que la cláusula general de necesidad es insuficiente para operar negativamente sobre los derechos fundamentales.

En primer término, y a reservas de lo que se vaya exponiendo a lo largo de este trabajo, aceptar lo antedicho como sistema de estándar supone un prevalecimiento sin límite del llamado, aunque sólo aquí lo sea a título de hipótesis, interés general; este prevalecimiento que supone el sacrificio permanente de los derechos fundamentales de los particulares a un interés general, pero difuso y oscilantemente definible, fue ya desechado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1984. Y ello porque, de lo contrario, los derechos fundamentales efectivos, que son la nota esencial y caracterizadora del Estado democrático de Derecho, quedarían lisa y llanamente en agua de borrajas, pues nunca podrían ser opuestos con éxito a la comunidad, sea ésta entendida social o políticamente. Dicha resolución constitucional es, además, altamente significativa en otro orden de cosas que se trae aquí a colación por lo que la reflexión que sigue será útil. Me refiero a que dicha resolución declaró nulos el procedimiento administrativo y judicial previos que habían culminado con una STS de 7 de diciembre de 1982, en la que se afirmaba que la Constitución se integraba en el ordenamiento jurídico, subordinándose a él a fin de evitar lagunas; de esta suerte, de producirse, o pretender que se producía, una laguna jurídica, el ordenamiento jurídico tanto pre- como infraconstitucional prevalecía sobre la Constitución.

Aun en el supuesto de que se produjeran lagunas⁶ -o que se denominaran lagunas a planteamientos constitucionales más respetuosos con los derechos fundamentales de lo que había sido hasta 1978 la práctica legislativa, administrativa y judicial española-, aun en ese supuesto, sin Ley o, con una Ley contraria al texto constitucional, nada se podía hacer, para lo que aquí interesa, en la esfera de los derechos ciudadanos. El artículo 9.1. CE (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) y la disposición derogatoria tercera de aquélla (“Asímismo que-

6. 6.- Sobre la multivocidad de este concepto y, por tanto, su diversa valoración y su ajeneidad en muchas ocasiones a la lógica jurídica, cfr. KLUG, *Rechtslücke und Rechtsgeltung in Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Berlin/ Heidelberg/ Nueva York, 1981, p. 201 ss.

dan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución”) son ejemplos palmarios de lo desacertado de la interpretación administrativa y judicial ordinarias -que, por otro lado, no fue la tónica general- de relativización de los mandatos constitucionales de índole más indubitadamente democráticos y garantistas.

Con lo dicho queda, a mi modo de ver, absolutamente de manifiesto la no indiferencia de los conceptos jurídicos y que su reducción a una mera técnica elude el planteamiento de fondo, es decir, la orientación del intérprete y del operador. El dilema es, pues, el siguiente y, por cierto, nada novedoso, dado que se trata del sempiterno dilema entre libertad y seguridad. Se dice y no sin razón, que los derechos no pueden ser absolutos; nada puede ser absoluto en el siglo de la relatividad y del perspectivismo; tampoco, por tanto, la seguridad. O lo que es lo mismo: con la regla de la necesidad nada se dice respecto de la ponderación que pueda exigirse por grupos de supuestos a la hora de la intervención policial limitadora de derechos; y no se dice nada, porque no hay ponderación.

2. Pero, aun hay más. En efecto, a la indefinición del papel que representan los derechos y libertades ciudadanos cuando entra en juego la necesidad, papel absolutamente subordinado a ésta, ha de añadirse algo de la mayor importancia, que, en no poca medida, es pasado por alto y que, de tenerlo en cuenta, se constituye en un obstáculo insalvable para convertirse en paladín de la necesidad a cualquier precio. Me refiero a la decisiva cuestión de quién es el operador que aprecia la necesidad y, por tanto, sin más miramientos, actúa aun a costa de otros intereses, revistan éstos incluso el carácter de derechos fundamentales. Y, enlazado con esta cuestión estaría otra de no menor interés, a saber, la de cómo se aprecia la necesidad en cada caso.

Evidentemente, y con ello se da respuesta a la primera pregunta, quien corre con la apreciación de si concurre la necesidad de actuación o no en el caso concreto es el funcionario ante el que se plantea un hecho. Tanto si, como he señalado, la necesidad es una categoría fáctica, como si con aquélla se denomina al resultado de un proceso de discernimiento, lo

cierto es que será un funcionario, normalmente de los escalones jerárquicos más inferiores, quien tome la decisión; y toma la decisión pronta y grave frente a un derecho o derechos que tienen su raíz en la voluntad del constituyente o del legislador. Salta a la vista que la legitimidad de éstos es infinitamente mayor que la de un funcionario, por más que el ejercicio de su función tenga un asidero legal y constitucional.⁷ Podría contrarrestarse lo acabado de señalar, afirmando que, si bien cabría admitir tal minus de legitimación para los agentes de los escalones más bajos de la pirámide jerárquica, ello no sería así respecto de los que se hallan en la cúspide de la misma y en contacto directo, por depender totalmente, con la fuente de legitimación democrática; me refiero, claro está a los órganos superiores de la Administración y del Gobierno que deben el ejercicio de sus funciones a que un Presidente de Gobierno ha merecido la confianza del Congreso de los Diputados, por cualquiera de los sistemas constitucionalmente diseñados al efecto. Podría, de este modo, afirmarse que apreciada la necesidad por alguno de dichos órganos superiores de la Administración o, en otro contexto, del Gobierno de la Judicatura, en su caso, aquélla podría prevalecer sin mayor problema sobre el derecho fundamental de que se tratare.

Sin embargo, y sin pretender, por ahora, agotar el tema, lo cierto es que en nuestro sistema jurídico ningún órgano público puede producirse al amparo de la necesidad como única fuente de habilitación. Valga, de momento, un solo ejemplo de lo errado de esta concepción. En efecto, el artículo 53.1 CE (“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a”) es tajante al respecto: si los derechos y libertades públicas fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y

7. Cfr. la exposición de las doctrinas tendentes a legitimar la autonomización de la Administración en base a un sedicente principio democrático (tesis que no comparto), en SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos cit., pp. 713 s.

sólo mediante Ley -es decir, mediante actos del Poder más directamente conectado con la legitimidad popular, el Legislativo, pues es el representante del pueblo español (artículo 66.1 CE)- no cabe argumentar que existan otras posibles aperturas diferentes a las legislativas.

Ello lleva a la conclusión de que ningún funcionario público puede por su propia autoridad supeditar una real o pretendida eficacia del sistema a la virtualidad de los derechos fundamentales. El programa de equilibrio está ya constitucionalmente diseñado; cualquier variación del mismo no puede ser hecha sin quebrarlo. En cuanto a las variaciones de índole legal éstas sólo pueden acometerse mediante dicho instrumento normativo. En fin de cuentas se halle donde se halle la escala piramidal, el funcionario, carece de legitimidad y de competencia para acometer excepcional o sistemáticamente la ablación de derechos que la apelación a la necesidad, desde su punto de vista, parece imponer como ineludible.

Este razonamiento nos lleva forzosamente a admitir que la necesidad, sin Ley en la que basarse, es decir, como única fuente de habilitación, es incasable con nuestro ordenamiento jurídico.

La conclusión que acaba de obtenerse permite soslayar el problema de lo que sea discernir qué sea necesidad en cada momento. La diversidad de supuestos de necesidad y de criterios para llegar a considerar que una actuación es necesaria supondría una quiebra de uno de los más elementales pilares de un ordenamiento medianamente racional: la seguridad jurídica.⁸ Se caería en el más puro arbitrio y la acción policial, lejos de servir de garantía, se convertiría en generadora de caos, es decir, la vida social devendría prácticamente imposible, puesto que la respuesta que los particulares ofrecerían

8. La polémica entre seguridad jurídica y concepción material del Derecho no puede ser tratada aquí, aunque ciertamente ha de seguirse el criterio de KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, p. 226, para quien la contraposición entre Estado de Derecho formal y Estado de Derecho material es una dicotomía sólo aparente; el Estado de Derecho formal (es decir, la seguridad jurídica) constituye por sí mismo un principio de justicia material.

a lo que considerasen inaceptable desde sus puntos de vista también estaría presidido por el principio de necesidad.⁹ Desde esta perspectiva, apelar a la necesidad, al margen de otras consideraciones, se convierte en un primer paso, pero ya superado y sumamente rústico,¹⁰ de la formalización y limitación de la actuación de los poderes públicos sobre el patrimonio jurídico de las personas.

3. A nadie se le oculta que el desarrollo precedente, en realidad, no existe en toda su extensión. Es bien sabido que, al menos formalmente, aunque tampoco en toda su extensión, nos movemos -y no sólo en el ámbito policial- en base al principio de legalidad. En tal caso, cabría preguntarse, a qué viene el exordio precedente. Viene a cuento, si se me permite la expresión, de algo sumamente importante, a saber: el recurso a la invocación a la necesidad acontece cuando la legalidad ya ha dejado de poder actuar.

Esta invocación contiene, a mi modo de ver, dos graves errores. Por un lado, se olvida que el legislador, único sujeto capaz de limitar los derechos de los ciudadanos -los funcionarios administrativos y judiciales sólo actualizan, cuando corresponde, tal limitación-, ha previsto ya los posibles supues-

9. En otro lugar (vid. mi *La Obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 440 s.) he propuesto que, si los Poderes públicos se rigen en su actuación respecto de los particulares de acuerdo al principio de proporcionalidad, éstos deberán responder ante las extralimitaciones de los agentes -salvo casos groseros sin apariencia de legalidad- también mediante una institución anclada en la proporcionalidad: el estado de necesidad, dado que, aun intentado evitar una lesión, quien la produce está justificado. Atemperar las conductas al principio de proporcionalidad supone postergar el de necesidad, pues, en pureza, podría resultar necesario no respetar el mandato de proporcionalidad, con lo que la fuerza lenitiva de conflictos que el ordenamiento aspira a ejercer quedaría en nada.
10. No parece causa bastante legítima para mantenernos en dicho estadio el acoso de determinadas, pero excepcionales, formas de violencia tales como el terrorismo o el tráfico de drogas. Ello supone una trascendentalización de los problemas como los expuestos y hacer de lo excepcional regla general y aplicable a todos los demás supuestos; cfr., a este respecto, por ejemplo, DENNINGER/L(\(DERSSSEN, Einleitung. (a) Verfassung. und Gesetz. Aktuelle Randbemerkungen zu einer Theorie der freiheitlicher Demokratie, in DENNINGER/L(\(DERSSSEN, Polizei und Strafprozess cit., p. 13.

tos en que se requerirá la intervención pública y, ponderando las razones de seguridad y de necesidad, ha autorizado con carácter general una intervención de los derechos ciudadanos más o menos extensa, más o menos duradera.

Un ejemplo paradigmático de lo que acabo de exponer lo constituye la práctica de la detención preventiva. Como es fácilmente observable desde cualquier estadística, los hechos habilitadores de la detención son, no los delitos flagrantes, sino los delitos supuestos. Por ello, el legislador, en el artº. 492. 4º LECr, ha decidido sustituir la certeza de la realidad delictiva percibida por el agente de Policía Judicial por su arbitrio respecto de si en el supuesto concreto concurren motivos racionalmente bastantes que obliguen a practicar la detención preventiva. El que concorra, en realidad -realidad que se comprobará a posteriori, ya por el propio agente, ya por los órganos judiciales en las diversas fases procedimentales-, o no concurrir el hecho delictivo es algo que en nada afecta a la corrección de la legalidad de la misma: no se dará ningún supuesto de detención ilegal y el agente que haya practicado la detención del inocente es inmune a cualquier tipo de exigencia o de responsabilidad criminal, disciplinaria o patrimonial,¹¹ con independencia de que el ciudadano deba ser, en principio, indemnizado.¹²

En el planteamiento del legislador, en este y en infinidad de supuestos, prima la necesidad sobre la libertad; se trata de una necesidad legalizada: se sustituye la certeza de la realidad por el denominado tipo de sospecha. Pero ello, lógicamente, también con sus límites: la corrección de la formación del criterio del agente, lo que excluye los caprichos y las supercherías, y la moderación de su intervención, que no es ajena a la contundencia de la misma.

4. El otro error al que hacía referencia atañe al problema de las lagunas legales. Dejando de lado aquí la obligación de interpretar y aplicar restrictivamente las normas reductoras de

11. Vid. QUERALT JIMENEZ/JIMENEZ QUINTANA, Manual de Policía Judicial, Madrid, 201989, pp. 70 s.

12. Vid. los mismos, op. cit, p. 185.

derechos (artº. 9.3 CE),¹³ lo cierto es que ayudarse de la necesidad para poder suplir una presunta laguna es una petición de principio. En efecto, apelando a la necesidad se crea la laguna a la que aplicarla. Apelar a la necesidad supone desconocer el principio de habilitaciones tasadas,¹⁴ más o menos amplias o difusas, pero en ningún caso universales, a la que los poderes públicos están sometidos en un Estado democrático de Derecho.¹⁵ La rotundidad del artº. 103.1 CE no puede ser más completa (“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”); sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a mi modo de ver, no puede ser entendido de otro modo, pues ello supondría la deslegalización de apoderamientos, lo cual acabaría por concluir con la propia cláusula deslegalizadora, borrándola del mapa; y retornar a la indefinición de funciones y potestades es algo que el Derecho de un Estado democrático de Derecho no puede tolerar por atacar su propia razón de ser al introducir un elemento de hostil arbitrariedad en el sistema jurídico.

Y es que, quien apele a la necesidad para cubrir una presunta laguna cae, también, en otra grave contradicción lógica: presupone, sin demostrarlo, que existe tal laguna. En ordenamientos tan complejos y tan sedimentados como son los occidentales de nuestro entorno político-cultural es difícil pensar que, más allá de lo que pueda tener de innovador la aplicación y desarrollo de una tecnología,¹⁶ quepa hablar en pureza de una laguna, al menos por lo que respecta al ámbito de las posibles limitaciones de los derechos y libertades de los ciudadanos. Tal como percibo esta cuestión, creo que más bien estamos ante una abstención consciente del legislador, una auto-

13. Sólo en el año, por ejemplo, 1987, cfr. SSTC 22, 140, 160, 205 al respecto.

14. Cfr. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, Los problemas cit., pp. 625 s.; GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrechts, Tubinga, öð1985, p.

15. Sobre la no siempre exquisita precisión del principio de legalidad, cfr. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos cit., pp. 881 s.

16. Vid. KLUG, Rechtslücke cit., pp. 189, 204.

continencia voluntaria¹⁷ ante determinadas esferas de libertad. En este contexto, dos ejemplos me parecen paradigmáticos: el de la retención¹⁸ y el de requerimiento de identificación, sin estar ésta última preordenada a la detención, es decir, como método de información y/o control general.¹⁹

Y no cabe desdeñar otra posibilidad: que tal pretendida laguna no sea sino la consecuencia de una prohibición;²⁰ así, por ejemplo, toda la violencia que no quepa encuadrar dentro de la legítima coacción directa o todos los allanamientos de domicilio, contra la voluntad del morador, y que se practiquen sin mandamiento judicial o sin que medie flagrante delito, en tiempos o situaciones de normalidad institucional, pueden considerarse lagunas, pues podría dejarse a un detenido a pan y agua hasta que confesara o podría irrumpirse en un domicilio para comprobar que sus moradores no cometen delito alguno. Sin embargo, tales prácticas están proscritas tanto por el artº. 15 CE como por el 18.2.

Podría ocurrir, con todo, que estuviéramos ante una auténtica laguna, es decir, ante un supuesto de intervención consensuado, pero sin cobertura legal. En tal caso, procede lisa y llanamente la abstención. Existe un argumento para la Policía Judicial que es de alcance general para todas las policías y que refuerza el criterio del principio de habilitación tasada. Así es: el artº. 2 CP proscribire a los Tribunales que juzguen supuestos que no estén estrictamente previstos en dicho cuerpo punitivo, absteniéndose de todo procedimiento pese a la va-

17. No es un problema lógico, sino político (así, KLUG, *Rechtslücke* cit., pp. 201) por lo que no corresponde a quien no está legitimado para diseñar el panorama normativo colmar dicha laguna.

18. Sobre la retención, cfr. QUERALT JIMENEZ/JIMENEZ QUINTANA, *Manual* cit., pp. 83 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *La retención policial es una detención inconstitucional*, en *Actualidad Penal* (38), 1989, *passim*.

19. Cfr. QUERALT JIMENEZ/JIMENEZ QUINTANA, *Manual* cit., pp. 93 ss.

20. Igualmente, KLUG, *Rechtslücke*, cit., p. 202, con la explicitación lógica del llamado fundamento negativo del Derecho penal que, lógicamente, es extensible al resto de los sistemas sancionadores o restrictivos o ablativos de derechos; por tal fundamento negativo se entiende que lo no previsto (= castigado) por el sistema queda al margen (= impune) del Derecho (= espacio libre de Derecho).

loración negativa que un hecho concreto pudiera inspirar; se trata, como es de todos conocido, de la confirmación del principio de legalidad penal. Pues bien, si el Juez no puede actuar ante hechos que él personalmente o el común de las gentes consideren ilegítimo, pero que no está legalmente previsto como comportamiento punible, poco sentido tendrá que un policía judicial actúe de prevención sobre hechos que después no van a poder ser objeto de enjuiciamiento por falta de cobertura legal. Si esta argumentación es aplicable a los policías judiciales, igualmente lo será mutatis mutandis al resto de funcionarios policiales que desempeñen otras funciones ajenas a la criminal: si tal principio rige para los supuestos más gravemente intolerables para el ordenamiento jurídico, los delitos, con mayor fuerza deberán regir para infracciones o quebrantamientos que indudablemente son de menor calado al no tener una respuesta penal.

III. Desechada la necesidad como factor habilitante universal o subsidiario de la actuación de la policía, toca ahora pasar revista al principio de legalidad.

Por principio de legalidad o de habilitación legal, que nace de los arts. 9.3 y 103.1 CE para lo que aquí interesa, se entiende la atribución por una Ley, o norma con fuerza de Ley, a un poder público de una determinada potestad de intervención sobre los derechos de los particulares, especificando, además, los supuestos en que tal potestad ha de emplearse y los medios legales que se ponen a disposición de los agentes que han de aplicar aquellas previsiones legales. No hay que decir que no todas las actuaciones públicas vienen diseñadas con el mismo rigor técnico, ni siquiera con el rigor que sería deseable en atención a los bienes jurídicos en juego, algunos de ellos de índole eminentemente vital; tal es el caso de la utilización de las armas de fuego²¹ por parte de los agentes policiales, lo que lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a juegos malabares de sobreentendidos; pero, como de este tema ya nos hemos ocu-

21. Cfr. a este respecto, DENNINGER/BEYE, *Rechtsgutachten zum Waffengebrauch der Polizei*, Frankfurt del Meno, 1970, *passim*.

pado con cierta extensión en otros lugares,²² se rememora aquí únicamente como paradigmático botón de muestra.

Por Ley, en nuestro Estado de Derecho, se entiende una disposición normativa emanada del Parlamento. Por lo tanto, son Ley, a estos efectos, la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes orgánicas y las Leyes ordinarias, tanto las estatales como las autonómicas. Nuestro sistema jurídico reconoce, además, disposiciones gubernamentales con fuerza de ley: los decretos legislativos y los decretos-ley. Por contra, no se reconoce a los reglamentos capacidad suficiente -fuera del ámbito de autoorganización administrativa- para generar competencias de actuación. Esto es consecuencia del pleno sometimiento de la Administración -y de los Tribunales por controlarla- a la Ley y al Derecho (artº. 103.1 CE).²³ Lo acabado de decir resultaría extravagante, por recordar lo archisabido, sino fuera porque a la vista salta que la realidad no siempre concuerda con lo reiterado.

Con todo, este es el sistema de atribución competencial a los poderes públicos, es decir, de otorgamiento de potestades. La razón de que sea un acto, por lo general, externo a los propios poderes operativos (el ejecutivo y el judicial) reside en un hecho de honda raíz política: es el Parlamento el representante de la soberanía popular y es él a quien corresponde en los sistemas de democracia representativa la atribución de las competencias a los demás órganos del Estado: incluso, las disposiciones normativas gubernamentales con fuerza de ley, o son autorizadas previamente por el Parlamento (decretos legislativos), o deben de ser ratificadas por él (decretos-ley): y así y todo, dichas disposiciones no pueden versar sobre cualquier materia, sino sobre un número reducido (arts. 82 y 86 CE).

Con lo acabado de exponer se reafirma una consecuencia del máximo interés: la ley es el único medio de limitación de derechos de los ciudadanos. La habilitación legal vale a la hora

22. Vid. mi Coacció directa i justificació (Tirar a matar)/ Coacción directa y justificación (Tirar a matar), en Policia i Constitució/Polícia y Constitución (E. JIMÉNEZ QUINTANA ed.), Barcelona, 1987, pp. 37 ss./121 ss.

23. Cfr. el mismo. op. cit, pp. 200 s., 761 s.; GARCIA DE ENTERRIA, Curso cit. I, pp. 195 s. 216 ss.

de otorgar competencias a los poderes públicos. Ahora bien, cuando se trata de regular competencias que supongan cargas, gravámenes, restricciones o ablaciones de derechos subjetivos de los ciudadanos, en la misma o en otra disposición debe contemplarse la imposición general de ese deber de soportar o de colaborar. Aquí tampoco vale el que dicho deber venga impuesto por un reglamento sin amparo legal. El brocardo *pinceps legibus solutus* [Ulpiano, Digesto, 1, 3, 31], resulta hoy insostenible, salvo que por *pinceps* se entienda quien es en la actualidad el soberano, es decir, el pueblo, y más concretamente, ejerciendo la función de constituyente.²⁴

IV.- Toca examinar aquí por tanto la efectividad de esta afirmación, en principio, unánimemente aceptada. Tras ello habrá que pasar revista a una serie de expedientes ocasionalmente invocados como excepciones al principio general sustentado.

1. A la vista de lo que antecede se obtiene una nueva conclusión, a saber: no basta la legalidad de una potestad pública para generar una obligación en la esfera jurídica de los particulares.

Aunque pudiera parecer chocante la tesis acabada de formular, no comparto, por simplificadora e inexacta, la aporía de que a todo derecho le corresponde un deber y viceversa. Con todo, conviene, en primer lugar, efectuar unas precisiones terminológicas para evitar malentendidos. En efecto, el diseño legislativo de las técnicas limitadoras, restrictivas, suspensivas o ablatorias de derechos consiste en la imposición de cargas o gravámenes a la situación del ciudadano mediante el establecimiento de un deber, y no, en cambio, de una obligación; dicho de otro modo: el comportamiento dibujado en el deber no supone la existencia de una relación jurídica, cuyo revés lo constituya un derecho subjetivo que sí sería correlativo a una obligación; se impone dicho deber, desde una perspectiva abstracta, en función del interés general; deber se contrapone, pues, a potestad. El servicio militar, las cargas fisca-

24. Cfr. el sugerente planteamiento respecto al poder constituyente de OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 53 ss (55).

les o la función social de la propiedad tienen esta consideración de deber.²⁵

Pero en segundo lugar, y esto es importante, sucede en ocasiones, que si bien se dota a los poderes públicos, aquí a la Policía, de un catálogo de misiones y potestades, no se ha efectuado una correlativa asignación de deberes a los ciudadanos.²⁶

Tomemos un ejemplo paradigmático: la detención. Ope legis esta actuación es una obligación de la policía, dados los requisitos del caso (artº. 492 LECr). Ahora bien, el delincuente no tiene deber alguno ni de dejarse detener ni de atender a las voces de “alto” que le profieran los funcionarios. Es más, no atender tales mandatos no constituye delito alguno en sí (cosa diferente es que agrede a los funcionarios), y, si ha sido aprehendido y llevado a comisaría, su fuga de la misma es impune.²⁷ Arguéntese como se quiera las razones que abonan la configuración legal española -que no es especialmente proclive a dotar de un excesivo espacio jurídico al presunto delincuente-, lo cierto es que no se halla un solo precepto de carácter legal que imponga el deber de dejarse detener.

¿Quiere ello decir que, por no existir tal deber, la Policía no puede cumplir con el suyo, hasta tanto no se produzca la, en tal caso, imprescindible reforma legal, y que, además, todas las detenciones efectuadas al amparo de la normativa actual son ilegales y, por tanto, delictivas? ¿Serían los policías

25. Cfr. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso cit.*, II, p. 33.

26. Cfr., con carácter general, el mismo, *ibidem*; con especial referencia a la función policial, *vid.* CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Los problemas cit.* p. 623, quien distingue entre Aufgaben (misiones) y Befugnisse (potestades) de la policía, siguiendo a GÖTZ y DENNINGER. Sin embargo, considero que el punto crucial no es esa, por lo demás acertada, aunque minoritaria, distinción, sino que de forma directa -y no indirecta o inmanente [D(\(RIG, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generallermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Massnahmen, en *AoR* (79), 1953/54, *passim*; el mismo en MAUNZ/D(\(RIG/HERZOG/SCHOLZ, Art. 2 I GG, en *Grundgesetz. Kommentar*, 66ª ed. 1989, nn. mm. 81 ss. (1958)]- se establezca por Ley el deber del ciudadano y los modos concretos por los que poder cumplir con la obligación una vez que se actualice aquél.

27. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial, II*, Barcelona, 1987, p. 700; VIVES ANTON en *Derecho penal. Parte especial, I*, (Vives coord.), Valencia, 1988, pp. 296/7.

que detuvieran a presuntos delincuentes, pues, los únicos inquilinos de las cárceles españolas? Estas preguntas no son sino un planteamiento demagógico, propiciador del caos social. Y nada más alejado de los planteamientos jurídicos propios de un Estado de Derecho.²⁸

Así es: el policía tiene la obligación de detener a los presuntos delincuentes, y éstos, por contra, no tienen el deber de dejarse detener. La razón de la legalidad y legitimidad de ambas posiciones, que acaba, por lo general, con la detención del presunto delincuente, estriba en la propia esencia de la función policial. La Policía actúa ante situaciones de hecho y sin relación jurídica previa²⁹ con los receptores de su actividad. Por ello carece de sentido imponer el deber de dejarse detener a tales eventuales receptores de la función policial. Y ello sin olvidar que la presunción de inocencia, constitucional y procesalmente recogida y amparada, empieza por no dejarse atrapar.³⁰

Dicho con otras palabras, y generalizando para el resto de los supuestos estructuralmente idénticos (entrada y registro, observación telefónica o postal, registros corporales,³¹ ³²etc.): de la ponderación entre la idea de seguridad colectiva y de libertad individual, el legislador no toma expreso partido por ninguno, salvo que el delincuente se sustraiga violentamen-

28. En sentido similar, SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos cit., p. 210.

29. Vid. STC 98/1986.

30. Vid. SSTS 28.1.1982, 17.9.1988; cfr., además, JIMENEZ ASENJO, El procedimiento contra reos ausentes hoy, 1980, en RDPI, 1980 (4), p. 681, con reticencias; con toda claridad ya, QUINTANO RIPOLLES, Curso de Derecho penal, II, Madrid, 1963, p. 488.

31. Aquí la STC 39/1989 se ha adelantado a la regulación (inexistente hasta la fecha) legal.

32. Considerar, como lo hace respecto de este concreto problema la Instrucción 6/1988 del Fiscal General del Estado -apartado III-, que la negativa a someterse a un registro corporal e íntimo ordenado por el Juez competente es constitutivo de un delito de desobediencia no parece de recibo; ello supone llevar sin base legal específica demasiado lejos el deber de colaboración con la Justicia; no obstante, nada se opone a que, como última ratio, el Juez -y sólo el Juez- ordene el registro corporal o que de la negativa se infiera, si los hechos lo permiten, una conclusión lógicamente aceptable.

te a la realización ajustada a Derecho de la función policial (o judicial).³³ Se produce un empate que se confía se solucionará en virtud de la racionalidad del presunto quebrantador, pues se le supone sabedor de la dotación legal de fuerza con que se inviste a la Policía, que puede utilizar legítimamente, si se entorpece el ejercicio de su función por el destinatario (u otros terceros) de su actuación.

Esta explicación no supone la derogación de la regla general que exige habilitación legal de los poderes públicos y legalidad en la imposición de las cargas, gravámenes u otras limitaciones de la libertad de los ciudadanos, sean presuntos delincuentes, delincuentes convictos o de cualquier otra categoría. Lo que se ha expuesto no es sino el diseño de otra estructura relacional pública que no se basa en la predeterminación de un deber o de una obligación del receptor de la actividad de los agentes, puesto que no existe relación jurídica que ligue al funcionario y al particular con anterioridad a la intervención del primero, dado que los agentes públicos actúan ante meras situaciones de hecho. Se parte, para salir del posible impasse, de la información al ciudadano mediante la promulgación de una Ley, de las potestades policiales y de su virtualidad restrictiva de derechos.

2. Así las cosas, queda claro que son los tipos recogidos en las leyes penales, fundamentalmente en el CP y las normas procedimentales las que habilitan a la Policía Judicial a actuar en tal función. Establecido su reconocimiento constitucional en el artº. 126 CE el de la Policía Judicial (y en el 104 el de la Policía en general), ésta puede actuar como tal por el hecho de que unas leyes, ahora, además, orgánicas, crean unas figuras delictivas y unos grados de responsabilidad; a esta habilitación primaria y fundamental le sigue otra operativa, es decir, la legislación procesal y policial, en cuya virtud aquélla puede desarrollar la actividad que demanda la sociedad ante el catálogo punitivo de conductas.

33. Vid. STS 18.4.1988, que acertadamente revocó la condena por resistencia y desobediencia de que había sido objeto en instancia el sujeto que se negó a franquear la entrada a los policías desprovistos del pertinente mandamiento judicial.

Esta doble fuente de habilitación objetiva y operativa supone algo del mayor interés: la Policía en ninguna de sus fases está habilitada para actuar ante hechos que no sean delictivos como si lo fueran y no está habilitada para proceder contra los hechos que revistan caracteres punibles fuera de los cauces que la legislación penal y procesal le ha conferido [arts. 9.1 y 3, y 104.1 CE, 1 y 2 CP, 297 III LECr, 1.1 y 2 CP y 11. 1. g) LO-FCS]. Por rememorar unos ejemplos: es ilícito practicar la detención de alguien a quien se le imputa o un hecho que el funcionario sabe que no ha cometido o cuya supuesta comisión no es delictiva; es igualmente ilícita la observación telefónica sin autorización judicial previa o sin confirmación de ésta en los supuestos excepcionales (arts. 55.2 CE, 18 y 32.3 LOAES y 579.4 LECr). Desde mi perspectiva la valoración efectuada no podría ser objeto de contradicción más que con la alteración normativa que habilita las actuaciones puntuales de los poderes públicos, alteración que en no poca medida afectaría al propio texto constitucional.

3. Sin embargo, pese a la contundencia del planteamiento formulado, no puede decirse que no existan propuestas o prácticas habituales, más o menos encubiertas, que tendentes a la autonomización y sustracción al control normativo³⁴ de los poderes públicos, que persigan obtener una legitimación operativa universal, cuando parece desechado el apoderamiento basado en la cláusula de salvaguarda del orden público.

A continuación, pues, pasaré revista a un conjunto de disposiciones legales que, si bien en apariencia presentan tal habilitación, en un estudio más detenido muestran lo precipitado de esa conclusión; es decir, se trata de falsas normas de habilitación.

34. Para DENNINGER, *Polizei und demokratische Politik*, en DENNINGER/L\(\DENSSSEN cit., p. 149, los órganos policiales están sometidos como el resto de los órganos administrativos al principio básico del principio de legalidad de la Administración. Lo contrario -opino- sería sorprendente. Al planteamiento contrario y claramente dominante hasta 1945 no es en absoluto ajeno O. MAYER; vid. a este respecto, CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Los problemas cit.*, pp. 605 ss.

En primer lugar nos encontramos con el llamado deber de colaboración contenido en el artº. 4 LOFCS.

Este precepto, de inequívoca similitud con el art. 118 CE, contiene un deber genérico de colaboración en su primer párrafo y un deber específico de colaboración y auxilio en el segundo. Esta similitud en la literalidad, contenida especialmente en su primer párrafo, no puede ser entendida sino como en un recurso retórico del legislador a fin de robustecer la actuación policial.

La equiparación³⁵ entre Policía y Poder Judicial en materia de acatamiento de sus resueltos no se sostiene en pie. Dejando de lado cuestiones técnicas, pero de no poca trascendencia, como la estructura de los mandatos, su ejecutoriedad e impugnabilidad, lo cierto es que ni la Policía ni ningún otro poder público puede establecer lo que sea Derecho en cada caso, algo que sí es competencia exclusiva y excluyente de los órganos judiciales (art. 117.3 y 4 CE). No teniendo tal potestad, mal se puede exigir ese tener que pasar por lo resuelto, pues, aun sin oponer a ello razones político-constitucionales de fondo, pero evidentes, dejaría en nada el control jurisdiccional de su actividad, que tiene rango constitucional (art. 106. 1 CE) y no sólo en vía contencioso-administrativa.

Podría pensarse, no obstante, que con esta directriz la Policía cuenta con una fuente habilitadora de nueva creación. No parece ello cierto ni coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, ese deber de colaboración, genérico o específico, lo es “en los términos previstos legalmente”, y esta previsión legal todo lo más es la contenida en las figuras denominadas de infracción del deber de socorro (arts. 489 ter, 586.2 CP), infracciones penales que para ser apreciadas requieren un

35. En la base de esta equiparación “material”, además, se da una desconianza hacia el Poder Judicial, no tanto por motivos de ideología política, sino por considerar que el citado Poder está alejado de la realidad y se refugia en lo formal; así, la Policía sería el poder que estaría más cerca de la realidad y en condiciones de realizar mejor una justicia material; cfr. críticamente, DENNINGER, *Gewalt, Inneresicherheit und demokratischer Rechtsstaat*, en DENNINGER/L/(DERSSSEN, cit., p. 178.

complejo juego de mecanismos,³⁶ habiendo pasado esta última figura, tras la reforma operada por la LO 3/1989, a ser perseguible sólo a instancia de parte, es decir, del tercero en cuyo favor se recaba el auxilio.

Cabría pensar que quizás cabría recurrir a las figuras reguladoras de la desobediencia (arts. 237 y 570, 1º y 2º CP). Pero para que se pueda dar la desobediencia punible es necesario que quien ordene pueda ordenar lo que ordena³⁷ y que el llamado a obedecer tenga legalmente asignada tal obligación. Para lo que aquí interesa, cuando un miembro de la Policía ordena a un particular algo que lesiona sus derechos y libertades públicos fundamentales sin más habilitación que el artº. 4 LOFCS, no está mandando lo que puede mandar, pues no tiene ningún referente jurídico más que su propia autoridad en sí. En líneas generales, no engendrará responsabilidad ninguna la conducta del ciudadano que se niegue a franquear la entrada a funcionarios de la Policía Judicial, si no media una de las razones o causas del artículo 18.2 CE;³⁸ en cambio, puede engendrarse responsabilidad penal por parte de ese ciudadano, si no permite que sea auxiliado en su casa un herido o que los agentes llamen por teléfono a una ambulancia, aunque para ello tenga que penetrarse en el domicilio del particular. En este segundo supuesto no se pone en tela de juicio el derecho a la intimidad doméstica, familiar y personal, sino que está en liza un interés diferente: la integridad física de las personas; en tal caso la más elemental ponderación de males en juego impone la solución de la inmisión domiciliaria, que de eo llevarse a cabo, sí comportaría responsabilidades penales; estas responsabilidades sí tendrían que ver ahora con la omisión del deber de socorro para el particular y, eventualmente, para los agentes, si se contentan con la negativa injustificable de aquél. Pero esta actuación policial ha de ser practicada y soportada por el par-

36. Vid., por todos. MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, Barcelona, 201985, p. 260.

37. Cfr. SSTS 25.2. y 18.4.1988; además, mi Obediencia cit., pp. 189 ss.

38. No basta, desde luego, un pretendido mandamiento verbal, comunicado por teléfono a los agentes, tal como acertadamente determinó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7.6.1985.

ricular, tanto si existiera el citado artº. 4 LOFCS, como si no; este precepto únicamente actúa como recordatorio de un deber ya existente y no como generador de uno nuevo.

Pero, junto a estas razones de carácter sistemático, se encuentra una razón tan jurídica como política: si, en virtud del mentado artº. 4 LOFCS, la Policía, Judicial o no, pudiera hacer desaparecer el ejercicio de un derecho o libertad pública, fundamental o no, quedaría derogando todo el sistema de garantías y el procedimiento de suspensión y/o restricción de aquéllos previsto por la Constitución y las leyes sectoriales respectivas. O lo que es lo mismo: las previsiones técnicas sobre la libertad y seguridad que efectúa el ordenamiento jurídico desaparecería ante la actuación policial.

Por último, existe una razón práctica en el específico ámbito de la seguridad pública y que un profesional de la misma no debería pasar por alto. En efecto, a tenor de lo prescrito por el artº. 11.1 LOPJ, resulta que las pruebas obtenidas mediante violación directa o indirecta de los derechos y libertades públicos fundamentales no surtirán efecto alguno dentro del proceso. La obtención, incluso con la mejor de las voluntades, de pruebas que no van a poder surtir efectos, supone dejar sin sentido el objeto mismo de la función de la Policía Judicial: propiciar la condena de las culpables mediante el esclarecimiento lo más exacto posible de los hechos. Si el aporte de elementos de juicio que se debe proporcionar al Juez es defectuoso, y éste, como prueba, no lo puede tener en cuenta, mal servicio se hace a la lucha contra el delito.

4. Se alude, por otro lado, a que la Policía puede encontrarse en un estado de necesidad entre la continuación de sus funciones (obtención de información sobre tráfico de drogas, por ejemplo) y un derecho público subjetivo (el secreto de las comunicaciones, por ejemplo). Entender que, con carácter general, la Policía puede sacrificar o debilitar dichos derechos, es destruir la base del sistema de derechos y libertades y su razón de ser: definir un espacio irreductible ante el Estado de una esfera de la personalidad.

Pero como todas las afirmaciones generales, la precedente ha de ser relativizada y precisamente en función de los dere-

chos fundamentales no implicados de terceros. Recreemos un caso en el que un traficante de drogas esté sometido a vigilancia por la Policía, cuyos miembros carecen del oportuno mandamiento de intervención de las comunicaciones telefónicas. No puede alegarse para justificar dicha intervención la existencia de la presunta actividad delictiva del sujeto; en cambio, si estuviera en juego de forma inmediata un derecho fundamental de un tercero -la vida, por ejemplo- cabría proceder a la intervención; así, si la Policía tiene la certeza que se va a producir un ajuste de cuentas, de que el ejecutor, que se sabe está en cierta zona de la ciudad, debe recibir la orden telefónicamente y dar ejecución a la misma en cuestión de minutos. En este caso sí estaría justificada la intervención; y no para estar al corriente de la actividad delictiva en general del sujeto, sino para evitar una muerte.

Por otra parte, el planteamiento anterior se confirma cuando, en aplicación de parámetros positivizados de necesidad, una ingerencia en el ámbito de los derechos fundamentales está expresamente prevista; éste sería el caso, por ejemplo, del artº. 18.2 CE que prevé la entrada en el domicilio, sin consentimiento de su titular, en caso de flagrante delito. Precisamente este inciso responde a que no siempre que se comete un delito se está afectando a un derecho fundamental de algún ciudadano; este inciso responde más bien a una razón contraria: el estado de necesidad es una institución que subyace a todo ordenamiento jurídico, pero, lógicamente, con diversa intensidad; ponderados los intereses en juego, habrá que causar el mal menor para salvar el bien jurídicamente más valioso. Y detener a un delincuente puede, en según qué casos, ser menos valioso que la vulneración de un derecho fundamental; de ahí su previsión con carácter general, para el caso de la inviolabilidad del domicilio. En este contexto, el constituyente manifiesta que el mantenimiento o aseguramiento del orden jurídico reviste mayor interés para los derechos de los ciudadanos en general que la inviolabilidad del domicilio de uno en particular, aunque en algún supuesto real ello no fuera así; se ha resuelto a nivel de Derecho positivo una gama de supuestos. El adoptar esta solución, que, por tradicional, no se nos antoja excéntrica, supone, desde luego, una generalización que

podría resultar, en ocasiones desafortunadas. Ahora bien, curándose en salud el constituyente ha diseñado un sistema con las pertinentes cláusulas de seguridad; únicamente apelando al expediente de la proporcionalidad (STC 39/1989, f.j. 8, con toda claridad) podría atemperarse el posible daño injustificado. Pero ello no es óbice para considerar que fuera de las constelaciones típicas no existe posibilidad legítima de ingerencia, pues, pudiéndose haber estandarizado determinada actuación pública respecto de un derecho o derechos en determinados supuestos no se ha hecho.

En materia de derechos y libertades públicos fundamentales, admitir el estado de excepción más allá de lo tasado legalmente -y nuestro ordenamiento es especialmente generoso en excepciones- supone dejar sin efecto ese mismo ordenamiento, quedando al albur de la intención del agente la integridad de aquellos derechos y libertades públicos fundamentales. En un Estado de Derecho no existen más limitaciones a dichos derechos y libertades que los constitucionalmente legitimados, es decir, los previstos por el mismo texto máximo o los por él autorizados y en esos propios términos.³⁹

5. Existe una última vía que, recogiendo una extendida creencia, sostiene como factores habilitantes las eximentes del Código Penal, cuando no pueda justificarse en virtud de las dis-

39. Vid. la STC 150/1989, f.j. 5. Para AMELUNG, *Erwitere allgemeinen Rechtfertigungsgründe, in besondere § 34 StGB, en NJW, 1977 (19), p. 835*, al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, debe acompañarle otro de ninguna ingerencia sin ley. En materia de derechos y libertades esta opinión es plenamente suscribible. Por su parte, GOTZ, *Polizeirecht cit.*, p. 134, considera acertadamente, como se ha señalado ya, que el incumplimiento de los requerimientos policiales tendentes a prestar auxilio tienen su base en el Código penal y por el se norman; por el contrario, ha de matizarse sus afirmaciones sobre el estado de necesidad policial; en efecto, si bien resulta, en principio aceptable, la actuación sobre terceros no responsables en materia de disolución de manifestaciones, es más discutible la tercera y última apertura que considera en este contexto: el acogimiento obligatorio de indigentes y desamparados, en la medida en que supone, al menos en nuestro Derecho, una ingerencia en la libertad; esta facultad policial debe ser objeto de análisis pormenorizado, lo cual no es aquí, evidentemente, posible.

posiciones propiamente policiales la actuación de los agentes.⁴⁰ Esta concepción, muy explicitada pero también muy combatida por el Derecho y la doctrina alemanes, me he permitido denominarla en castellano como la subsidiariedad de los derechos de defensa y de necesidad.⁴¹

Sin entrar a polemizar con los partidarios de esta corriente, ha de quedar bien sentado un extremo: lo que permite justificar jurídico-penalmente, es decir, lo que permite considerar que de la conducta concreta de un policía concreto no puede predicarse antijuridicidad penal, es que ésta haya obrado en cumplimiento pleno del ejercicio de su cargo.⁴² Para determinar qué sea ejercicio del cargo en el caso concreto que nos toque considerar hay que acudir a la regulación de la función y misiones de la policía contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la expresión “ejercicio del cargo” (o, si se quiere, con menor precisión, “cumplimiento de un deber”), contenidas en el artº. 8, 11ª CP, es un concepto normativo; o sea, una expresión que requiere ser llenada de contenido acudiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que, si la función ha sido ejercitada 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, lógicamente inoperante.

Vistas así las cosas, no puede admitirse en nuestro Derecho que la Policía -o cualquier otro agente público- pueda cobijarse al abrigo de las causas de justificación penales de la legítima defensa o del estado de necesidad. Aquí valga decir únicamente que la idea motor de la legítima defensa es la necesidad

40. Esta es la posición claramente dominante en Alemania entre los penalistas; vid. mi Coacción directa cit., pp. 40/124; en cambio, los administrativistas parecen inclinarse más por la solución del texto (ibidem).

41. Ibidem. La expresión, tomada de los textos legales así diseñados, fue acuñada por BLEI, Probleme der polizeilichen Waffengebrauch, en JZ, 1955, p. 626.

42. En idéntico sentido, cfr., sólo, AMELUNG, Rechtfertigungsgründe cit., p. 835; KR(\(GER, Polizeilichen Schusswaffengebrauch, Stuttgart/Munich/Hannover, 1982, pp. 87 ss.

de la defensa y la del estado de necesidad la proporción entre el mal que se causa y el que se pretende evitar. Si ello es así -y parece que existe suficiente consenso como para sostenerlo-, supone algo que los partidarios de la subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad pasan por alto: para el policía, la legítima defensa y el estado de necesidad son o muy amplios o muy estrechos.⁴³ La desmesurada amplitud es contraria a la idea de proporcionalidad⁴⁴ y especialidad del derecho ablativo del Estado en materia de libertades y derechos públicos subjetivos;⁴⁵ la estrechez supone caer en una indefensión de la sociedad y de los individuos y grupos que la integran. Sólo dentro de la exigente de ejercicio del cargo encuentra la actuación policial su justa valoración jurídico-penal y la correcta exclu-

43. Cfr. QUERALT JIMENEZ, Coacción cit., pp. 42/126; QUERALT JIMENEZ/JIMENEZ QUINTANA, Manual cit., p. 150 ss. . Vid., además, como muestra, la STS 24.6.1988 que, aunque llega a la solución que se estima correcta, incurre en la confusión rechazada y que es tradicional en nuestra doctrina jurídico-penal preconstitucional; a este respecto, cfr. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho penal, (1952) IV, Buenos Aires, 6301976, pp. 95 s., 563 ss. (556); QUINTANO RIPOLLES, Curso cit., I, p. 389. En la actualidad la situación ha evolucionado, deslindando claramente los campos de cada exigente y manteniendo que el Código Penal no es una nueva causa de justificación; así, CARBONELL MATEU, La justificación penal, Madrid, 1982, pp. 168 ss.; MIR PUIG, Derecho penal cit., pp. 413, 417; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, Derecho penal. Parte General, Valencia, 1987, pp. 323 y 332 por n. 33; MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, Valencia, 6201989, p. 109.

Por su parte, KNÖCKE, *Betriebliche Ordnungsgewalt in Raumlichkeiten des Verwaltungsvermögens*, en AÖR (94), 1969, p. 395 afirma que para los poderes públicos las categorías de la legítima defensa y el estado de necesidad son erróneas. Cfr., además, el clásico Tratado de DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, I, 6801975, quienes llaman la atención sobre el hecho de que, si se considera en vigor los derechos de defensa y necesidad para los funcionarios de policía, éstos dejarán de estar sujetos al principio de proporcionalidad y, pese a que el arma de fuego les es proporcionada por el Estado, actuarían como particulares; lo cual es un contrasentido flagrante (p. 332); para que exista, pues, la exención de responsabilidad criminal ha de haberse cumplido con los requisitos contenidos en las normas policiales (p. 332 y s.).

44. Vid. DENNINGER, *Polizei und demokratische Politik* cit., p. 161.
45. Así, AMELUNG, *Rechtfertigungsgründe* cit., 835; el mismo, *Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm*, en NJW, 1978, p. 624.

sión de la responsabilidad criminal del agente cuando procede, lo que, en los más de los casos, es la regla general.

Si, como sabemos, la actuación policial es fundamentalmente una actuación sometida a Derecho administrativo, pudiendo incluir entre tales relaciones la existente entre Juez/Fiscal-Policía Judicial, dicho ordenamiento es un ordenamiento especial, desgajado expresamente del Derecho común. Esta especialidad implica, y los administrativistas se encargan de recordarlo, que la Administración cuando actúa sometida a Derecho administrativo se rige exclusivamente por éste,⁴⁶ salvo remisión o lagunas. En la regulación de la función policial no se encuentra ni una tal remisión⁴⁷ ni tal laguna; pues no puede ser calificado de laguna el que, por ilegítima, no pueda calificarse positivamente la conducta de un funcionario policial, aunque, si se tratara de un particular, sí cupiera hacerlo por serle de aplicación la legítima defensa o el estado de necesidad.⁴⁸ Admitir esa prolongación en favor del funcionario incapaz profesionalmente sería lo mismo que juzgar por el mismo rasero ante idéntico accidente automovilístico al conductor dominguero, poco ducho, que al piloto de carreras cuando conduce su vehículo particular. El más elemental sentido común, y por tanto el Derecho, son de la opinión de que se ha de ser mucho más estricto con el piloto que con el dominguero. Lo mismo, en consecuencia, ha de ocurrir con el policía.

V. Como tercera y última parte de este trabajo debe hacerse una referencia al llamado principio de oportunidad, aun-

46. Vid., por todos. GARCIA DE ENTERRIA, Curso cit., pp. 37 s.

47. Aunque sí en los proyectos germano-federales de una Ley Unitaria de Policía; cfr. HELSE/RIEGEL, *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*, Stuttgart, ö2ð1976, pp. 110 s. En Derecho español no existe una prescripción legal de esa índole, aunque la dicción del artº. 5. 2. d) LO-FCS, al anteponer en la función policial la defensa del propio funcionario a la del orden jurídico (empezando por la de sus conciudadanos) no es excesivamente feliz.

48. Por ello hablan, censurándolo, de una reserva mental del funcionario, pues no se sabría cuándo actúa el amparo de qué normativa, BLEI, *Probleme cit.*, p. 630; KR(\(GER, *Schusswaffengebrauch cit.*, p. 88.

que sin entrar, pero sin olvidara, su conexión con el principio de igualdad.⁴⁹

1. Así como la necesidad supone un desbordamiento disfuncional e ilegítimo del principio de legalidad, dejándolo en papel mojado cada vez que interese, el de oportunidad opera en sentido contrario. En efecto, si bien la necesidad hace referencia al cuándo y al por qué de la actuación policial, el principio de oportunidad hace referencia al sí, es decir, a si es conveniente proceder a la actuación.⁵⁰ Por lo tanto, la oportunidad puede entenderse de forma absoluta y relativa: de forma absoluta supone una dejación total de persecución de un hecho determinado o una clase de hechos determinados; de forma relativa supone limitar la capacidad de actuación a las necesidades del momento. En definitiva, de uno u otro modo, la oportunidad supone no cumplir con la legalidad, limitando su alcance efectivo a un número de supuestos, por calidad y cantidad, menores de los que resultaría de una más exacta correspondencia entre el diseño legal y los hechos realmente acaecidos.⁵¹

Esta discrepancia entre catálogo legal y actos realizados sobre la realidad no es, en principio, alarmante; existe una discrepancia tendencial inevitable: no todos los hechos antijurídicos que se cometen pueden ser captados por la Policía, ni todos los que capta puede esclarecerlos satisfactoriamente.⁵²

Centrándonos en el aspecto estrictamente criminal existe la llamada cifra negra de criminalidad,⁵³ de diverso volumen según los delitos, y una cifra de archivo igualmente respetable, también en función de determinados tipos de delitos. Estos imponderables y la siempre alegada falta de medios per-

49. Cfr., a este respecto, GOTZ, *Polizeirecht* cit., p. 134.

50. Un criterio diverso al aquí sustentado, englobando aspectos de la necesidad, el mismo, *op. cit.*, 133, manifestando que el principio de oportunidad es el principio de actuación policial por ealencia.

51. Vid. ya el significativo título del trabajo de BAUMANN, *Grabgesang für das Legalitätsprinzip*, ZRP, 1972, pp. 272, 275.

52. Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, Madrid, 1988, p. 150.

53. Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 149.

sonales y materiales hacen que la Policía tienda a seleccionar las conductas criminales sobre las que va a operar; esta selección es en la que se piensa cuando se habla de oportunidad; y esta selección es, como ya se ha apuntado, de doble alcance: habrá unos tipos de hechos que nunca se van a investigar -o prácticamente nunca (sustracciones de efectos en automóviles, reventones de pisos, ...)- y existirán otros tipos de hechos que son llevados ante el Juez competente eventualmente (pequeños delitos relativos al tráfico de drogas, por ejemplo).

Esta situación se debe a dos órdenes de factores; por un lado, la rutina hace que el adiestramiento policial tienda a escorarse sólo hacia determinados delitos y que, sabiendo de antemano el porcentaje de éxito o de fracaso, la actuación policial se decante sistemáticamente por actuar sobre los mismos supuestos e inhibirse sobre otros, también de modo pertinaz. Por otro lado, ha de contarse con lo que parece ser una necesidad de la Policía de mantener una bolsa permanente de delincuencia activa, lo que le permite presionar a los habituales del delito para que, de uno u otro modo, pueda mantenerse la cuota de eficacia policial allí donde empíricamente se ha fijado y a la sociedad no le resulta absolutamente intolerable.

Sea como fuere, una serie de profesionales del delito⁵⁴ saben que, o prácticamente nunca llegará a ellos la acción policial y, por lo tanto, mucho menos aun la acción de los jueces y tribunales penales, o que la eventual captura, aun en el caso de traducirse en una condena penal, hará ésta rentable por los hechos que han escapado al control formal que supone la sanción penal.

En otro lugar ya me he ocupado de las posibles implicaciones jurídico-penales, es decir, de la aparición del delito de favorecimiento de la delincuencia (artº. 359 CP)⁵⁵ y no voy ahora sino a recordar que, en puridad, no es una figura legal de absoluta improducción, aunque las necesidades reales de un servicio determinado pueden ser causa de atipicidad más que de justificación.

54. *Ibidem*.

55. Cfr. QUERALT JIMENEZ, *El policía y la Ley*, Barcelona, 1986, pp. 47 ss.

2. Junto a estos supuestos de intervención del principio de oportunidad, basados en deficiencias del sistema,⁵⁶ nos hallamos ante otras manifestaciones del mismo principio, pero de mucho mayor calado. Me refiero a la aplicación de la técnica de la oportunidad a la política criminal.

Si bien es cierto que teóricamente el margen legítimo para la práctica del principio de oportunidad es mínimo en Derecho español al regir el principio de legalidad y de oficialidad en materia de persecución penal, no dejan de existir zonas en las que la aplicación de una previsión legal se encomiendan al arbitrio del operador concreto. En materia penal tenemos, por ejemplo, la elección del grado de la pena en función de la concurrencia o no de circunstancias modificativas y de su eventual compensación, lo que indudablemente da un amplio margen de maniobra al Juez (paradigmáticamente, la regla 4ª del artº. 61 CP); incluso antes, la consideración de delictivo o no del hecho suscitado en la querrela (art. 313 LECr).

En sede policial, empero, salvo alegar supuestos de error por parte del agente interviniente, lo cual no puede ser, desde luego, moneda de cambio, queda únicamente la posibilidad de atemperar la exigencia legal de los motivos racionalmente bastantes para practicar una detención preventiva.

Sucede, no obstante, que la cobertura para la efectividad de la oportunidad, pese al otorgamiento de la citada discrecionalidad, es, pese a todo, desde el punto de vista normativo, mínimo y se limita a la práctica o no de la detención, pero no al despliegue de lo que se entiende por oportunidad en las nuevas tendencias del proceso penal.⁵⁷ En síntesis, el despliegue

56. Vid. D(RIG, Art. 3 I GG, en Grundgesetz cit., n.m. 413 f. quien habla incluso de oportunismo oficial.

57. Cfr. una exposición de la regulación más acabada, por intentar conciliar la prevención especial con el derecho de la víctima, en ROXIN, *Strafverfahrenrecht*, Munich, 2008, pp. 48 s. (posición del Ministerio Fiscal), 68 ss. (principio de legalidad en materia procesal). Por su parte CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*, en *Protección Jurisdiccional de los Derechos y Libertades públicas, Poder judicial, nº especial, VI, 1989*, pp. 32 ss. aboga por la regulación de dicho principio partiendo de su realidad en la práctica cotidiana forense.

de la oportunidad requiere que el imputado sea consciente de que por las razones legalmente previstas se produce antes de archivar el procedimiento que contra él se venía siguiendo. En cambio, la oportunidad en sede de detención, es decir, detener o no detener, pasa necesariamente por no tomar contacto con el presunto culpable y éste no experimenta el efecto preventivo-especial de la medida abstencionista. No es desdeñable la eficacia del principio de oportunidad cuando, a la vista del atestado, el Juez decida proseguir las actuaciones y acordar alguna medida cautelar de carácter personal antes de la apertura del juicio oral; pero esta es una cuestión diversa que cae fuera de nuestro ámbito de trabajo.

Pudiera entenderse, con todo, que la oportunidad sí pudiera desempeñar un papel significativo en caso de que, una vez practicada la detención y completado el atestado, los agentes responsables, pusieran en libertad al detenido, emplazándolo ante el Juez competente para comparecencia. Esta posibilidad atendida la gravedad del hecho imputado, por un lado, y por otro, la certeza de que el sujeto comparecería al ser llamado por el Juez, puede desempeñar sin transformación legal alguna un papel de relieve en la práctica cotidiana de la Policía y de la Justicia penal. Permite compatibilizar el aseguramiento de la acción punitiva del Estado -de ahí la naturaleza cautelar de la detención- con el de la libertad personal, que incluso, en el artº. 520.1 LECr, al referirse a la menor dañosidad de la medida en su ejecución y a su menor duración posibles, deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Estatur que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y que dentro de los plazos establecidos en la Ley, y, en todo caso, en el máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, que no es sino la reiteración del artº. 528 III LECr. La finalidad de la detención se cumple sin necesidad del traspaso simultáneo a la autoridad judicial de la persona del detenido y del atestado. Es más: ésta es una previsión, además de legal, constitucional: el art. 17.2 in fine CE establece como alternativa la puesta en li-

bertad del detenido o su entrega al Juez competente -precisamente por este orden- y sin que ello suponga alteración alguna de índole procedimental. Dicho con otras palabras: la puesta en libertad del detenido por la propia fuerza actuante no supone el que contra aquél no vaya a seguirse una actuación penal; tal se seguirá, si la denuncia que constituye el atestado policial se presenta ante el Juez y éste acuerda la prosecución de las actuaciones, ahora ya judiciales.

Podrá contraargumentarse que se trata, al decidir la puesta en libertad, máxime en el estado inicial de un posible encausamiento, de un juicio de pronóstico. Pero no es menos juicio de probabilidad el que se practica en la mayoría de las detenciones y nada se puede oponer a tal enjuiciamiento provisional.

Esta puesta en libertad, pero a disposición del Juez, es la única posibilidad no especulativa que en la actualidad existe, a mi modo de ver, de margen legal para la práctica del principio de oportunidad en sede policial. Otros supuestos que ofrece el Derecho comparado, singularmente, el archivo anticipado de la causa en atención a las condiciones del caso y de la persona del culpable, son supuestos de oportunidad codificada, sobre los que no es necesario entrar aquí, salvo para mencionar que, tanto en los supuestos en que tal archivo lo decide el Tribunal como, con reservas, el Ministerio Fiscal, nunca es la Policía a quien corresponde decretar el archivo; aunque, obviamente, nada impide que lo proponga.⁵⁸

Lo cual quiere decir, que dejando de lado los aspectos funcionales de la selección delictiva por parte de los agentes, el margen jurídico de oportunidad que el ordenamiento reconoce no es significativamente grande. El legislador parece que ha querido ceñir la actuación policial lo más estrictamente posible al principio de legalidad, dejando a otros estamentos y es-

58. Críticamente, en general, L(\(DERSSSEN, Grenzen des Legalitätsprinzips im effizienz-orientierten modernen Rechtsstaat. Schluckt das Verfahrensrecht die sichernden Funktionen des materialen Rechts?, en DENNINGER/L(\(DERSSSEN cit., pp. 220 ss.; un resumen de las críticas, de las que participa, respecto a la no siempre prescrita intervención del órgano judicial y de la vulneración del mandato de determinación, ROXIN, Strafverfahrensrecht cit. p. 73.

pecíficamente en la fase terminal del procedimiento, los aspectos más claramente discrecionales: prefiere que la no verificación del castigo a que ha sido merecedor un sujeto tenga lugar cuando este sujeto ya ha sido juzgado. Si bien la tardanza del momento en que las fases alternativas al castigo para ciertos supuestos es muy intensa en Derecho español, no puede caerse en el extremo contrario y, salvo el supuesto ya mencionado de la puesta en libertad por parte de la Policía tras practicarse la detención, el ejercicio de la acción penal, tanto pública como privada, no puede quedar al arbitrio de un Poder que no sea el encargado de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, o de someter a su autorización la retirada por motivos tasados de la acusación pública.

VI. Hasta aquí las consideraciones, fragmentarias y parciales y, por lo tanto, sin pretensión de agotar el tema, que me ha sugerido la combinación de la necesidad, la oportunidad y la legalidad en materia de actuación policial. Como pretendo haber demostrado, fuera de la legalidad no existe, margen alguno para las restantes categorías. La seguridad jurídica impone, sin excepción alguna, el respeto a la Ley.

Con todo, si bien echar mano de la necesidad supone una derogación del principio de legalidad, operar con criterios de oportunidad, cuando éstos están contenidos en la Ley y confiada su administración a quien tiene la última palabra en materia de aplicación del Derecho, no parece, como algunos pretenden, anunciar el fin de dicho principio de legalidad, sino la prosecución de la andadura ciertamente tortuosa y difícil de la senda áspera de la Justicia.

**INTERVENCIÓN DE LAS
TELECOMUNICACIONES
EN SEDE DE INVESTIGACIÓN
JUDICIAL Y POLICIAL**

A. Introducción

La regulación de la intervención de las (tele)comunicaciones en el Derecho español, pese a la reforma operada no ha mucho por el art. 579 LECr sigue siendo muy defectuosa, e incluso, literalmente interpretado este precepto inaplicable. Sin embargo, el sistema continental europeo, gracias a la integración supranacional, ha permitido, también en el campo del Derecho, la interrelación de sistemas jurídicos nacionales de atávicas construcciones. De esta suerte, par a lo que aquí interesa, la rigidez del sistema basado exclusivamente en la Ley, al menos teóricamente, se ha dulcificado, acogiendo en materia esencialmente de derechos fundamentales, una significativa porción del sistema del *common law*. Eso ha empezado a ocurrir tras la irrupción de los Tribunales constitucionales (Alemania, Italia, España, Hungría, Austria, Suiza, Portugal, ...) y de la vinculación que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Vía ambos organismos se suplen las deficiencias legales, ya sea anulando disposiciones o redefiniendo las existentes a la luz de la Constitución y/o de la Convención Europea de Derechos Humanos.

De este modo, la TEDH ha establecido con carácter definitivo, hasta una reforma legal, que deberá respetar sus máximas, el terreno que no ocupa. En efecto, la aun reciente Sentencia del TEDH (STEDH) de 30-7-1998, caso Valenzuela c/España, ha tenido lugar un hecho insólito. Al reconocer al Sr. Valenzuela la lesión del derecho a la intimidad personal en sus comunicaciones, el TEDH, tras estudiar las decisiones judiciales del asunto (sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 8-2-1992, del Tribunal Supremo de 19-3-1994 y providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional de 16-11-1994) y la legislación aplicable (arts. 18. 3 CE y 579 LECr) llega a la conclusión de que la legislación es insuficiente en esta materia,¹ pues está huérfana de parámetros que equilibre el respeto del derecho fundamental en cuestión y las necesidades de la investigación criminal.

1. Insuficiencia que, como reconoce, la STEDH, ya puso de relieve, entre otras, la STS 21-2-1991.

Ahora bien, pese a este páramo legislativo, suficientemente denunciado jurisprudencial y doctrinalmente, con escaso éxito a lo que se ve, el TEDH encuentra en el ordenamiento español un regla precisa y exacta a la que en su opinión, y esa es la *ratio decidendi* de su resolución, deben sujetarse los operadores españoles. Esta regulación no es otra que la doctrina que contiene el ATS de 18-6-1992, dictado en el caso Naiseiro, por el entonces Ponente y hoy homenajeado, Magistrate Ruiz Vadillo.

De ahí, al menos para quien esto escribe, lo insólito. A falta de una norma positiva, de cuya emisión sigue huyendo de modo vergonzante el legislador, algún sector judicial ha tenido la entereza y la destreza técnica suficientes para como estatuir unos criterios insoslayables, cuyo incumplimiento policial o judicial, ***acarrear la nulidad e inutilidad*** de la diligencia de investigación, aquí las conversaciones telefónicas de un sujeto.

Para el TEDH, los parámetros doctrinales de inexcusable cumplimiento que le citado auto de 18-6-1992, son lo siguientes:

- ***falta de indicios y falta de motivación razonable;***
- ***falta de supervisión judicial de la observación telefónica;***
- ***periodicidad en la audición judicial de las grabaciones a fin de mantener o no la observación;***
- ***divergencia entre lo observado en las telecomunicaciones y lo investigado;***
- ***entrega de copia de lo grabado en lugar de los originales;***
- ***ausencia de proporcionalidad;***
- ***principio de necesidad y ultima ratio.***

Aunque estas directrices en encuentren en los antecedentes de la sentencia y después serán desarrollados y complementados en la fundamentación jurídica de la misma, concluyendo una larga evolución y constante construcción en esta materia, no se le oculta a nadie la trascendencia que a partir de ahora, a falta de una Ley que desarrolle la ejecución de las Sentencia del TEDH, tendrá el caso Valenzuela entre nosotros, a tenor del art. 10. 2 CE. Trascendencia y vinculación, de mu-

chas mayor simpleza de lo que cupiera ser habitual. En efecto, el TEDH se remite al auto del caso Naseiro y por él habrá que pasar en materia de observación de las telecomunicaciones y su incorporación al proceso penal. Y, además, y en último término pero no por ello lo peor, esa misma doctrina desplegará sus efectos en todas aquellas otras injerencias parvamente reguladas y, cuando el legislador orgánico, se decida a tomar el turno por los cuernos, no podrá a partir de las directrices a las que el caso Valenzuela se remite.

De ahí que atribuyera más arriba un valor más que perdurable a la obra de Ruiz Vadillo. Esa sola resolución, redactándola como ponente y aglutinando en su favor los pareceres del resto de componentes de la Sala, constituye un jalón decisivo en la historia jurídica española.²

Visto lo anterior, paso a continuación a desgranar unas breves notas sobre el modo en que, con plena garantía de los intereses contrapuestos en juego en todo proceso penal, en todas sus fases, debe acontecer la observación e intervención de las telecomunicaciones.

B. Planteamiento: el derecho al secreto de las comunicaciones y la investigación criminal

Para la averiguación de hechos sobre los que se ciernen sospechas, o incluso la Policía Judicial tiene certeza respecto de su delictuosidad, han de practicarse una serie de investigaciones que también atañen a la esfera de la intimidad o privacidad de los ciudadanos. Concretamente, ha de procederse a la ***intervención de sus comunicaciones con otros sujetos***; para ello habrá que leer su correspondencia o telegramas, oír sus llamadas telefónicas o incluso captar sus conversaciones. Es-

2. Recuérdese que el caso Naseiro fue una resolución dictada en un caso de aforamiento, es decir, en primera y única instancia. En ese momento, el Tribunal Supremo, tribunal de casación en materia penal, dotó sus resoluciones dictadas en primera y única instancia con la altura que es esperable en un Tribunal de Casación. No siempre, y recientes resoluciones lo atestiguan, la altura ha sido la misma.

tas prácticas chocan con las previsiones del art. 18.3 CE, *salvo* que cuenten con la autorización del Juez competente.

No ha sido sino hasta la reforma procesal operada por la LO 4/1988 cuando ha tenido lugar una regulación global de este tipo de intervención en las (tele)comunicaciones de los ciudadanos sospechosos de estar involucrados en actividades delictivas.

En efecto, en un principio, el anterior art. 579 LECr, hoy art. 579.1. y 2., recogía la posibilidad de la **intervención de la correspondencia postal y telegráfica sólo del procesado**: se limitaba el sujeto y el objeto. La base legal para otras observaciones, las telefónicas singularmente, y, en todo caso, con independencia de la situación procesal del afectado, tenía una débil cobertura legal en el art. 315 II LECr.

La CE en su art. 18.3 establece la garantía del secreto, fija la posibilidad de intervención judicial y crea una habilitación mucho más consistente. La reforma penal de 1985, al introducir, para lo que aquí interesa, la punición de las intervenciones ilegales, daba las legales por supuestas, pero sin fijar el procedimiento que delimitara aquéllas de las ajustadas a Derecho. No es sino con la nueva redacción dada al art. 579 LECr, en especial su apartado 3, cuando se opera una regulación legal incipientemente satisfactoria de esta importante parcela investigatoria.³

3. Con acierto, siguiendo criterios doctrinales, la STS 5-5-1997 censura el nuevo art. 579 LECr por ofrecer escasa regulación de la materia. Una vez más los preceptos reguladores de la LPM son de mejor factura que los de la LECr. Así, vid. arts. 188 y 189 LPM. Así:

art. 188 LPM:

Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención. Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable.

C. El *modus operandi* en las diferentes intervenciones

Un hecho destaca en la regulación legal de la detención y observación postal, telegráfica y telefónica. Este hecho es el siguiente: la detención y observación son ***ordenadas por el Juez y él es el destinatario y evaluador de dichas operaciones***; aquí la Policía, aun cuando, por lo general, sea la solicitante, desempeña un papel instrumental, al menos en el plano legal. No es lo mismo detener una carta, en sobre cerrado que es llevado a presencia del Juez, abierto por éste en presencia del interesado o de un representante suyo y leído por aquél (art. 568 LECr), que efectuar copias de los telegramas enviados o recibidos, grabar las conversaciones telefónicas o de otra índole, con lo que el agente interventor toma contacto directo con los hechos comunicados que tengan que ver con la investigación o no.

Así las cosas, ***resulta que la vulneración de la intimidad es mucho mayor ante una escucha telefónica que ante una detención de correspondencia***. Con lo que las garantías, facultades y responsabilidades deberán ser consecuentes.⁴

art. 189 LPM:

Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia.

4. Así, la STS 23-12-1994, f. j., afirma: “ (...) ***Los derechos fundamentales y los derechos al «secreto» y a la «intimidad»*** lo son, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 16/1985, 7/1983 y 58/1984, «son derechos de mayor valor» y como «...***componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico... son permanentes e imprescriptibles***» y como tales, la regulación de su ejercicio y su desarrollo directo corresponde sólo a la ley -ordinaria y orgánica- según se desprende del contenido de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución y ratifica el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950 que, en España tiene entrada por doble partida, en cuanto Tratado Internacional «una vez publicado oficialmente forma... parte del ordenamiento interno...», como se lee en el artículo 96 de la Carta Magna (y el artículo 1.5 del Código Civil, éste con menor rango) y por otra, el artículo 10.2 de la Constitución ordena que dicho Convenio (como Tratado Internacional) sea medio interpretativo en materia de normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en los mismos. (...)” (resaltados añadidos).

Por otro lado ha de tenerse presente, en especial con ocasión de las diligencias de investigación mencionadas en último lugar, que, la petición policial relativa a estos métodos de investigación sobre las comunicaciones de los sospechosos de haber cometido un delito pueden constituir la primera diligencia judicial. ***Acceder a tal petición supone admitir, como mínimo una denuncia en contra del interesado y, al mismo tiempo, considerarle, siquiera, indiciariamente imputado***, por lo que, en virtud del art. 118 LECr debe comunicársele de inmediato tal diligencia y la previa apertura de una investigación judicial en su contra.⁵ Ello, es verdad, puede dificultar la investigación; por consiguiente y en contrapartida, la Ley brinda al Instructor el instrumento de declarar secretas temporalmente las investigaciones (art. 302 LECr), por lo que, si se considera, como parece lógico, evitar que el sujeto investigado tenga conocimiento de la investigación, deberá proceder al acordar tal secreto. De esta suerte se garantiza la indemnidad jurídica del justiciable, dejando a salvo su derecho de defensa, que nace desde el mismo inicio de las actuaciones judiciales, y el éxito de la investigación.⁶

D. Los estándares de ingerencia policial y la motivación judicial

1. Habilitación legal, necesidad, idoneidad y proporcionalidad

En primer término, las diligencias que nos ocupan están cubiertas por la LECr en diversos pasajes, con mayor o menor extensión. Esta menor extensión en las intervenciones tecnológicamente más recientes –aunque no tanto, pues el teléfono no data de ayer precisamente–, hace que salvada la cuestión de la habilitación legal, haya que extremar caso por caso, los restan-

5. Ello tiene como consecuencia forzosa la interdicción de la observación permanente de las comunicaciones sin notificación alguna al sujeto (caso Klass y otros, STEDH 7-9-1978).
6. In extenso, con abundantes informaciones jurisprudencias, vid. la STS 5-5-1997.

tes principios a fin de que la medida judicialmente acordada y policialmente practicada resulte válida normativamente, por un lado, y eficaz desde el punto de vista del recto ejercicio del ius puniendi, por otro.

Así, son necesarias algunas observaciones más. En efecto, si bien para la detención y lectura de papeles y documentos, se prevé que se lleve a cabo **sólo cuando hubiere indicios graves que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa**. O lo que es lo mismo: se pone el acento en los principios de **necesidad, idoneidad y proporcionalidad** (por todas, STEDH 30-7-1998; SSTC 181/1995 –ff. jj. 5 ss.–, 54/1996 –f. j. 7–; ATS 18-6-1992).

Estos principios deben presidir, con más razón aun, la intervención de las comunicaciones en todas sus fases policiales y judiciales, de petición, autorización, observación, incorporación a la causa, transcripción y conservación. La interpretación conforme a la Constitución y la intrasistemática que demanda toda norma jurídica impone forzosamente esta delimitación.

Dicho en otras palabras: **no procede la intervención de las (tele)comunicaciones ni por todas la infracciones** –sólo por las graves– **ni, aun siendo los hechos graves, si existen otros medios investigadores menos lesivos** (SSTC 39/1987, 160/1994, 50 y 181/1995, 54/1996), doctrina que el Tribunal Supremo, aunque parece seguir, lo hace, al menos en ocasiones, de modo muy laxo (por ejemplo, STS 7-4-1997⁷). En efecto, ha de tenerse en cuenta un aspecto que, por lo general, pasa desapercibido. Se trata de que, al igual que sucede con los registros (vid. art. 575 I LECr), **cualquiera** puede ser objeto de la investigación, incluso si no es, ni quepa pensar que vaya a ser, sospechoso, imputado o inculpado. Las **comunicaciones**

7. Esta resolución es, además, demostrativa de un amplio sector de la doctrina legal que sólo ve nulidades en la infracción de los preceptos constitucionales y no en prescindir de las fórmulas legales; de ser ello cierto, podría prescindirse totalmente de las leyes procesales. La infracción de la legislación procesal también genera, faltaría más, nulidades de pleno Derecho; por ejemplo, la privación de un recurso legalmente establecido a una de las partes en el proceso; en sentido análogo y, por tanto criticable, STS 17-2-1997.

de cualquier orden y por cualquier medio son a fortiori bilaterales. De esta obviedad se sigue que, *al intervenir, por ejemplo, un teléfono, va a ser intervenida, también, toda conversación de terceros ajeno a la causa:* ya sean familiares o compañeros de trabajo del sospechoso, cuyo teléfono se encuentra en observación, y todos sus interlocutores, sean de interés para la investigación o no; es más: puede intervenir un teléfono de un tercero, ajeno por completo a los presuntos del investigado, intervención que acontece, por razones elementales, sin su consentimiento.

Ante el cúmulo de posibles derechos afectados de personas total y radicalmente ajenas a los hechos diligenciados, la **necesidad, idoneidad y proporcionalidad** se imponen cabalmente. Con todo y con eso, la jurisprudencia sí hace hincapié de modo constante en que la **proporcionalidad** en estos supuestos supone, además, que no exista otro medio menos lesivo o que el hecho a investigar sea de suficiente relevancia penal y social (por todas, STS 14-4-1997). Todo ello, además, sin dejar de tener cuenta aquí otros extremos fundamentales de las intervenciones telefónicas que, aunque comunes a otras restricciones de derechos, en este caso adquieren unas **intensas connotaciones garantistas**, como son la **motivación de la resolución judicial, el delito investigado el destino que se de a lo intervenido**, y además, claro está, del **plazo de la intervención**; vid., especialmente, SSTC 49 -f. j. 3-, y 54/1996, ff. jj. 5, 7 y 8.⁸

8. Así:

“5. Para poder analizar la existencia de la lesión constitucional en la práctica de la prueba de intervención telefónica cuya ilicitud se denuncia, debemos recordar la forma en que se llevó a cabo tal diligencia de investigación.

Como consecuencia del secuestro realizado el día 19 de mayo de 1987 por la banda armada ETA se ordenó, por parte del Ministerio del Interior y con fundamento en el art. 17 de la LO 9/1984, la intervención de dos teléfonos, correspondientes a la oficina de una empresa con sede en Bilbao (...). Según se afirma en la sentencia de la Audiencia Nacional, **no consta en autos el oficio comunicando la terminación de la medida, ni tampoco que se aportaran al Juzgado las cintas originales con las grabaciones efectuadas, sino tan sólo copia de las mismas, conteniendo**

2. La motivación judicial

La jurisprudencia ordinaria es proclive en grado sumo, sin razón que lo justifique, a dejarse llevar por un **mal entendido principio de eficacia**, que, a la postre, si las instancias superiores no lo remedian, muchas veces tarde y no sin escándalo, siquiera sea en la sede de los operadores jurídicos, produce efectos nocivos en la inmediata indemnidad de los derechos fundamentales. Pero que, si como en buena medida ocurre, llega hasta los más altos órganos tuitivos de los derechos fundamentales, pueden desbaratarse condenas de cualquier índole, incluidas importantes, por causa de tal infracción. Con lo cual dicho principio de eficacia, al lema de pan para hoy y hambre para mañana, produce un efecto desmotivador y desnormatizador, dado que el esfuerzo desplegado, al haberlo sido en forma incorrecta, queda en agua de borrajas.

Algo de esto sucede con la **motivación de las resoluciones judiciales**, y no sólo en materia de restricciones, seguramente legítimas, de derechos y libertades fundamentales. Pero esa legitimidad tiene que desprenderse de la propia resolución que la adopta y no cabe acudir a recovecos más o menos tortuosos como la presunta gravedad de los hechos, la urgencia de la toma de decisiones o la remisión a lo actuado en sede policial,⁹ doctrina aparentemente dominante: para que tanto el sujeto pasivo de la vulneración, como cualquier operador o, incluso, cualquier interesado ajeno al caso, tenga concomiendo cabal, pero al margen de la resolución judicial, de los reales motivos que obligan al Juez a adoptarla y los medios y formas en que dicha medida ha de llevarse a la práctica.¹⁰

do una selección de las conversaciones interceptadas realizadas por los agentes que practicaron la prueba (...).” (resaltado añadido).

9. Doctrina, sino dominante, sí constante; así, para las intervenciones que nos ocupan, SSTs 28-3 y 17-12-1996, 7-4, 7-11-1997 (subasteros de Madrid).
10. Correctamente, en cambio, siguiendo la doctrina constitucional, STS 7-7-1993 y el desarrollo que efectúa. En efecto, como señala la STC 54/1996, siguiendo su doctrina fijada en la STC 26/1981: **“La motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”**.

A este respecto, y además en sede de investigaciones por terrorismo, cobra especial relevancia la agudización de las garantías. Es por ello, que la STC 54/1996, debió declarar que al interesado se le había violado su derecho al secreto de las comunicaciones por insuficiente motivación de la resolución judicial.¹¹

11. De esta resolución han de resaltarse los ff. jj. 7 y 8. Así:

“7. Para resolver si la motivación del auto analizada que autorizó la intervención telefónica cumple el canon constitucional de proporcionalidad y si es respetuoso con las garantías constitucionales a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, debemos recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la **exigencia de motivación** en aquellas resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de un derecho fundamental (...). En esta línea, hemos venido reiterando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), y que ello se debe a **la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción**, pues **sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas** (STC 128/1995). Asimismo cabe traer a colación las TC 85/1994, dictada en relación con un supuesto de intervenciones telefónicas, en la que recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -casos Klass y Malone- **ha venido exigiendo una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas a un particular.**

Conforme a tales exigencias del TEDH este Tribunal declaró que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al **principio de legalidad, y en especial, al de proporcionalidad** (STC 37/1989), que requiere tanto una específica gravedad de la infracción punible o relevancia social de su bien jurídico para justificar la naturaleza de la medida, como la observancia de las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada con respeto en su realización a los requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990). **Y la necesidad de motivación resulta necesaria porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece.** Pues corresponde al Juez llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido (SSTC 160/1994, 50/1995), ya que la motivación es la única vía de comprobación de que se ha llevado a cabo la **ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones.** En esta misma línea, en la reciente STC 181/1995, reiterábamos la anterior doctrina acerca de la necesaria observancia del deber de motivación de aquellas resoluciones en que se acuerde la intervención telefónica, y declarábamos **la nulidad de**

A la luz de esta doctrina constitucional queda claro que la motivación es esencial, pues resulta el vehículo que permite conocer las razones de la decisión judicial: así, muy esencialmente, SSTC 238/1989, 160/1994, 50/1995, 49 y 54/1996. A este respecto, hay que añadir la transcripción parcial de la contundente STS 20-12-1996,¹² cuyo f. j. 3 III y IV es del siguiente tenor literal:

una observación telefónica practicada sin la garantía de una autorización judicial específica y razonada (fundamentos jurídicos 5.º y 6.º) en la que se expusieran las razones que aconsejaban la medida y su necesidad (resaltado añadido).

8. Pues bien, aplicando la anterior doctrina expuesta al supuesto ahora examinado, debemos concluir acerca de la ausencia de motivación de la resolución judicial habilitante de la intervención telefónica. En efecto, en ésta **no se recogen ni las personas afectadas con la intervención** (fácilmente determinables en este caso), **ni se determina el hecho punible investigado, ni tampoco se explicitan las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con mandamiento judicial**. Únicamente se expresaba en la resolución que ahora examinamos los números de teléfonos intervenidos y como causa para la autorización, la comunicación remitida por el Ministerio del Interior, a cuyas razones se refiere **por remisión**, como fundamento «bastante» para acordar la medida, añadiendo que así se «permite la mejor y más amplia investigación de los hechos». **Tal motivación, genérica y lacónica del auto analizado no cumple el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigible**, pues sus **vagas referencias** se limitan, como queda expuesto, a la determinación de los números objeto de la intervención, y a remitirse a la solicitud del Ministerio del Interior, a la que se accede en su integridad; no contiene, sin embargo, ninguna alusión a las personas investigadas, a la especial gravedad o significación social del delito objeto de investigación penal y tampoco se expone el razonamiento sobre la necesidad o imprescindibilidad de la adopción de tal medida para el desarrollo de la investigación, que hubiera justificado la intervención de las comunicaciones. **La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones**. Así, pues, hemos de concluir en que **los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida** (resaltado añadido).

12. En sentido análogo, vid. SSTC 85/1994, 86/1995, 49/1996 y SSTS 17-10-1992, 18-6 y 3-12-1993, 31-10, 4-11 y 23-12-1994, 12-1-, 3-2 y 18-6-1995.

La motivación del auto en el que se acuerda la práctica de una intervención telefónica, en cuanto medida que incide de modo directo sobre derecho fundamental de tal relevancia como el de la intimidad de las personas, quebrando la normal garantía del secreto de las comunicaciones, es algo que bien se comprende y justifica, traduciéndose en exigencia inesquivable. De ahí que el artículo 579 de la LECrim, cuya parquedad e insuficiencia normativa suele ser objeto de crítica, no olvide, e, incluso, reiterar en sus diversos apartados que la intervención o la observación de las comunicaciones telefónicas deberá acordarse siempre en resolución motivada. Pensemos que este requisito, realmente común a todas las resoluciones judiciales -artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y 248 de la LOPJ-, **se entronca con el principio de la legalidad y el complementario de la no arbitrariedad, a los que deben someterse los poderes públicos, incluidos, y muy principalmente, los órganos jurisdiccionales. El requisito de la motivación se ofrece como una garantía**, y de las más cualificadas, con que se cuenta en el ámbito de la función judicial. La motivación de la resolución judicial lleva consigo, con mayor o menor explicitéz, una ponderación del objeto o fin que la provoca, secundada de las reflexiones oportunas acerca de la gravedad de los delitos cuyo descubrimiento en alguno de sus órdenes objetivos o subjetivos se busca, y de la necesidad de puesta a contribución de las medidas propugnadas. Todo ello en función de la existencia de unos indicios -no meras sospechas o conjeturas- que, conforme a principios de lógica y reglas de experiencia, abonan la idea de la implicación participativa de una persona en el hecho criminal que se investiga y en función de lo cual se decreta la intervención telefónica.

El Juez autorizante no ha de desentenderse de la medida autorizada, antes bien, ha de controlarla en lo posible a fin de adoptar las medidas complementarias que se precisen y garantizar sus resultados. El control del Juez abarca un triple frente. En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante. **Los agentes policiales deben ser fieles obser-**

vantes de aquéllas, no permitiéndose discrecionalidades en su ejecución sin el debido beneplácito judicial. En segundo término, **la escrupulosidad más exquisita en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad.** Y por último, adopción de las medidas convenientes para la vertencia escrita de las grabaciones obtenidas, selección de cuanto pueda ser importante a los fines investigadores y de comprobación que se persiguen. **Habrán de constar en diligencia, bajo la fe del Secretario, las cintas entregadas, su traducción escrita, así como las partes del texto que puedan ser de interés y utilidad en el procedimiento en curso, evitándose episodios que puedan comprometer o afectar a los derechos de secreto o intimidad del investigado, ajenos por completo a la inspiración que presidió el acuerdo judicial.** No han faltado quienes invocan los artículos 572 y 574 (referentes a la medida de entrada y registro en lugar cerrado), así como los artículos 586 y 588, concernientes a la interceptación de la correspondencia, en cuanto indicadores de la actitud del Juez frente a medidas potencialmente lesivas de derechos fundamentales (resaltados añadidos).¹³

Así las cosas, las resoluciones estereotipadas, aun de cierta extensión, adolecen de falta de motivación y se hacen acreedoras a la **sanción de nulidad de pleno Derecho**, habiendo de ser expulsadas del tráfico procesal.¹⁴ Y ello es más importante en la medida en que, como sabemos, la regulación del art. 579 LECr es tan parca, que deja todo el peso en manos del Juez, por lo que éste ha de extremar la diligencia en su función de garante de los derechos de los sujetos a investigar. Motivación, por último, que viene exigida por la gravedad de la lesión de los derechos en juego, extremo que no puede ser pasado bajo ninguna circunstancia por alto, tal como recuerda últimamente la STC 49/1996 –f. j. 3–, ya transcrita en lo que nos es de interés.

13. Por su parte, la STS 7-11-1997 acepta la remisión del auto judicial a la petición policial a supuestos anteriores a la reforma del art. 579 LECr a medio de la LO 4/1988.

14. Así, STS 18-4-1997.

Esta motivación, además, por auto y no por providencia, debe presidir la ***prolongación de las intervenciones***, cuando ello sea menester (SSTC 85/1994, 181/1995, STS 7-11-1997¹⁵). Pero, como acertadamente ha puesto de relieve la STS 18-4-1997, para proceder a una autorización de prolongación de las escuchas y que tal autorización pueda ser calificada de motivada, el Juez de instrucción ha debido examinar el material ya recogido; ***otorgar prórrogas sin tal examen por parte del Juez, supone una abierta vulneración del mandato de motivación que convierte en nula e ineficaz la diligencia.***

E. La intervención de las comunicaciones

1. Nuevo marco legal

Sentado ha de quedar desde el inicio que no hay base ni legal ni materialmente para limitar la intervención y observación de las (tele)comunicaciones a aquellas que tenga lugar a medio de soportes de titularidad pública. En el terreno de las telecomunicaciones es una cuestión del máximo relieve, que ha venido a ratificar la L 11/1998, General de Telecomunicaciones, donde conviven operadores públicos y privados, de acuerdo a unas determinadas reglas cuyo estudio, por supuesto no es objeto de las presentes líneas.

Sí, en cambio, es objeto la mención específica, como no podía ser de otra manera y así ha de ser bienvenida, al secreto de

15. De nuevo la STS 7-11-1997 es más flexible con las resoluciones anteriores a la reforma del dictado art. 579 LECr, dado que se conforma con una prolongación acordada mediante providencia, pero exige mucho más que la STS 16-1-1992, revocada por la ya citada STC 85/1994 –supra n. 16-. De todos modos la mencionada STS 7-11-1997 –f. j. XIV- hace auténticos equilibrios entre lo legal y constitucional, y a las nulidades que denominan estancas, es decir, a nulidades limitadas exclusivamente en el tiempo. En este contexto, es difícil determinar la legitimidad, ya sea como prueba de cargo –desechada por la Audiencia- y como mero indicio investigador, unas observaciones telefónicas en las que se demuestra: a) que durante un periodo de tiempo no ha existido autorización judicial y b) que no son fiables las transcripciones obrantes en la causa aportadas por la Policía, referidas a ese u otros períodos. En igual sentido de alarde de equilibrio, STS 28-1-1998.

la intimidad, manteniéndolo en las comunicaciones. En efecto, el art. 49 L 11/1998 garantiza tal secreto en los términos de los arts. 18.3, 55. 2 CE y 569 LECr, imponiendo, a los operadores el deber de proteger tal derecho técnicamente. Al igual que sucede en los servicios postales, se incluye la salvaguardia de los datos de los usuarios (art. 50)¹⁶ susceptibles de ser tratados autorizadamente, con idéntica imposición de garantías técnicas a la prevista para aquéllos. Y, en fin, abundando en este terreno garantístico, el art. 51 L 11/1998 impone las debidas cautelas a la interceptación de las comunicaciones por motivos exclusivamente técnicos, interceptación que ha de garantizar la intimidad de las mismas.

Con este marco legislativo del sector, queda plenamente ratificado, aunque no debidamente perfilado, el marco constitucional y legal dentro del que deben acontecer, cuando deban por razón de delito, la observación, intervención y transcripción de las telecomunicaciones, a fin de ser aportadas como prueba a un proceso penal.

2. Clases de comunicaciones

Además de las comunicaciones **convencionales telefónicas**, que por su propia naturaleza son confidenciales, existen otras que utilizan medios, al margen de su titularidad, que son **abiertos**, en principio, a todos, o, como mínimo, a quienes dispongan de un equipo mínimo suficiente. Tal sería el de la **radio-difusión de aficionados e internet**. Para participar en este intercambio informativo basta con poseer equipos de libre comercio, sin que sea necesario, aparte del dominio de una técnica cada menos críptica, el acceso a códigos o claves reservados o secretos.

La reciente L 11/1998 (art. 1 II y disp. final 1^a) entiende a sus efectos como telecomunicaciones, con exclusión de la radio y la televisión, algo más que los medios de comunicación de informaciones lato sensu que utilicen el espacio radioeléctrico [art. 3e) L 11/1998]. Más precisamente las definiciones de

16. Protección a que hace mención expresa el concepto legal de **requisitos esenciales** contenido en el anexo de definiciones de la L 11/1998.

telecomunicaciones y radiocomunicación, que es una variante de la primera, se contienen en el anexo de la citada norma.¹⁷

Ahí, en la existencia o no de clave o reserva entre los comunicantes reside el límite para la observación y/o intervención de tales comunicaciones. Cuando **las comunicaciones entre dos o más personas tienen lugar en los medios descritos u otros análogos, de modo que sólo quienes voluntariamente desean participar**, obtenido para ello un permiso de quien administre el sistema o subsistema, puedan participar, **se trata de comunicaciones secretas en el sentido legal que aquí nos ocupa** y, por tanto, la observación e intervención sin autorización o fuera de las excepciones tasadas por la Constitución **no cabrá acceder a tales contenidos**.

Un caso ciertamente límite se pone de manifiesto cuando en internet se ofrecen bienes o servicios de cualquier índole; esta oferta, obvio resulta decirlo, es pública, dado que está destinada a todo potencial interesado. En cambio, la adquisición del producto en cuestión acontece por canales confidenciales, también es obvio decirlo. En este caso –como en el de la llamada banca electrónica– no cabe observar ni intervenir in mandamiento judicial la identidad de los que emiten una opción de compra, pago o simplemente de consulta, si estas comunicaciones ya no acontecen por canales accesibles al público sin más.

3. La intervención

Como se ha expuesto anteriormente, la introducción en la LECr de este tipo de intervenciones ha demorado la reforma operada por la LO 4/1988, dando nueva redacción al art. 579 LECr.¹⁸ Con todo, no queda agotada la posibilidad de intromi-

17. Así, por **telecomunicaciones** hay que entender legalmente toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Bajo la denominación de **radiodifusión** se contiene toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas.

18. Reforma, desde luego, no muy acertada; así, entre otras resoluciones, ATS 18-6-1992, SSTs 21-2-1991, 23-12-1994, 20-12-1996, 14-4 y 7-11-1997.

sión en el secreto de las comunicaciones, pues éstas pueden ser -y de hecho son- mucho más amplias que las postales, telegráficas y telefónicas. Existe un elenco de posibilidades técnicas en las que la comunicación entre los sujetos se establece mediante **conductores sólo accesibles mediante aparatos en poder de los emisores receptores**; también es de gran importancia la **interceptación de las conversaciones particulares celebradas en privado**, es decir, fuera del alcance normal del resto de personas; así, las celebradas en el domicilio particular, en el despacho, o incluso, al aire libre, si lo que se pretende es buscar la **intimidad** o el secreto de la comunicación, intimidad que, como regla general, se presume. Estas interpretaciones pueden efectuarse ya en presencia del interlocutor o interlocutores (micrófonos ocultos, grabación oculta), o a distancia desde donde tiene lugar la conversación (micrófonos direccionales).

Estas comunicaciones han de ser protegidas, y para poder tener acceso a ellas ha de obtenerse la correspondiente autorización judicial.

A estas modalidades, aunque con deficiente redacción, se refiere al art. 579.3, in fine, LECr; de todos modos, la cobertura de la intervención ya estaba contenida en el art. 18.3 CE. Más claro resulta, como se ha transcrito, el art. 188 LPM.

Ahora bien, analizado en profundidad el tema que nos ocupa, la reforma normativa de 1988 supone, en la práctica, cambio sustancial alguno en la actuación de la Policía Judicial. En efecto, cuando sus agentes requieran alguna observación por sospechar alguna realidad delictiva, deberán solicitar la pertinente autorización judicial.¹⁹ De este planteamiento general se excluyen los supuestos de aplicación del art. 55.2 CE cuando la intervención resulte urgente (art. 579. 4 LECr). En tan-

19. Vid la inestructiva STEDH 23-11-1993, asunto A. c/Francia, en el que un funcionario de policía, sin autorización judicial, se puso en contacto con un particular para que grabara ciertas conversaciones telefónicas con el reclamante; el art. 8 CEDH quedó frontalmente vulnerado. Igualmente había sucedido antes en el caso ventilado por la STEDH 2-8-1984, asunto Malone, donde es la propia Administración de telecomunicaciones quien facilita a la policía, sin mandamiento judicial, las conversaciones que un determinado ciudadano sostiene.

to que intromisión en la esfera de los derechos fundamentales ése es el único régimen constitucionalmente posible. La redacción de los términos legales permite tanto la intervención a petición de los agentes de Policía Judicial, del Ministerio Fiscal, de los acusadores no públicos, como la ordenación de oficio de tal intervención.²⁰

4. *Implementación de los estándares, exclusividad procesal y motivación judicial*

a. La vigencia de los estándares

Aunque calla la Ley, siguiendo el aforismo lo que no está en los papeles no está en el mundo, la Policía Judicial, **regularmente mandatada al efecto**, deberá proceder a la audición o contemplación de la comunicación que se le haya ordenado, procediendo, como será lo normal, a la grabación de tal comunicación.

- Ello quiere decir que forzosamente el Juez **dentro de unas diligencias preexistentes**,²¹ deberá motivar y no meramente de modo formulario, la citada intervención y/u observación. Ello tiene como consecuencia, que, sólo con plena sujeción a los **principios de legalidad, necesidad, idoneidad y necesidad** pueda acordarse la medida investigatoria. El cuerpo de doctrina legal es amplio y sólido, aunque, en la esfera del Tribunal Supremo, no presenta la coherencia que cabría esperar de un tribunal de casación; con excesiva frecuencia, confraterniza con irregularidades, en mi opinión, censurables y, por tanto, invalidadas.²² La doctri-

20. Estos requisitos se extienden sin excepción a todas las intervenciones; incluso a las que se efectúan ultimando el teléfono móvil de un fallecido, haciéndose pasar un policía por aquél, sin autorización judicial y sin dar cuenta al Juez de Instrucción de modo inmediato del hecho (STS 20-12-1996).

21. Vid. infra 4. b.

22. Con independencia de la doctrina que se vaya exponiendo, no me parece de comprensible que, en ocasiones a fin de convalidar actuaciones más que discutibles, ya fueren policiales o judiciales, la distinción entre la vulneración de un derecho constitucional, lo que comportaría la nulidad

na legal esencial puede ceñirse, entre otras, a las siguientes resoluciones, aunque algunas deben ser examinadas muy de cerca en relación con el caso concreto, labor que excede de las presentes líneas. Así, resultan del mayor interés, las SSTC 85/1994 –ff. jj. 2, 3 y 4,²³ 86/1995 –f. j. 3-, 49 –f.

dad plena de lo actuado, y la vulneración de una norma de rango legal; ¡cómo si la Ley no garantizara igualmente derecho fundamental!

23. El tenor literal, en extracto, de estos fundamentos es como sigue:

“ 2. La forma y circunstancias en que tuvo lugar la intervención telefónica de los recurrentes, según resulta de las actuaciones judiciales y se recoge incluso en el fundamento tercero de la sentencia del Tribunal Supremo, se produjo así: “La intervención en cuestión fue solicitada por oficio dirigido al titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander, con fecha de 5 de agosto de 1987, por la Comisaría de Policía de esa misma ciudad, «por existir fundadas sospechas de que desde el mismo se producen contactos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes». **Petición a la que, con esa misma fecha, accedió el órgano judicial mediante una simple providencia ayuna de toda motivación.** Posteriormente, y pese a que la providencia no determinaba plazo, con fecha de 4 de septiembre de 1987, la Comisaría dirigió un nuevo oficio a ese mismo Juzgado al objeto de que prorrogara la citada intervención telefónica por período de otros treinta días, esto es hasta el 4 de octubre de 1987, «por persistir las causas» que habían motivado la anterior petición, sin que el órgano judicial diera respuesta alguna a esta petición. A continuación sigue un período de silencio sobre la intervención, comprendido entre el 4 de octubre -fecha en la que, caso de haber sido concedida, habría vencido el plazo de la prórroga solicitada- y el 4 de noviembre de 1987, día en el que nuevamente se pide al Juzgado que prorrogue por otros treinta días la intervención de referencia sin que tampoco esta vez el órgano judicial contestara a la nueva petición de prórroga. Finalmente, con fecha 17 de noviembre de 1987, la Comisaría de Policía insta al Juzgado a que ponga fin a la intervención telefónica, toda vez que como fruto de la misma «se ha procedido a la detención del reseñado y de otras tres personas a las que se ocuparon 256 gramos de heroína», a lo que el órgano judicial accede inmediatamente por providencia de esa misma fecha. **La única autorización otorgada por el Juzgado fue, pues, la concedida por la providencia de 5 de agosto de 1987 que, sin motivación ni plazo, se extendió hasta el 17 de noviembre siguiente, en cuya fecha y a instancia de la propia Comisaría de Policía fue levantada la intervención telefónica (...).**

3. Una vez concretada la forma y circunstancias en las que tuvo lugar la intervención telefónica de referencia, hay que determinar si a la vista de las mismas se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones que consagra en los siguientes términos el art. 18.3 CE: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial».

Para la sentencia impugnada, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 16 de enero de 1992, no se ha producido dicha vulneración porque al tiempo de solicitarse y otorgarse la autorización (providencia de 5 de agosto de 1987) no se había modificado el art. 579 de la LECrim [LO 4/1988, de 25 de mayo] y, por tanto, **no había más regulación positiva «que la que genéricamente aparecía en dicho art. 18.3, pues lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, sólo era aplicable a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes»**. Concluye por ello la Sala en el fundamento de derecho tercero que estamos examinando, que **al no haber «disposición alguna que pusiera límite a la vigencia en el tiempo de esta clase de autorizaciones judiciales, y como, por otro lado, tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de esta medida procesal (algo más de tres meses), entiende esta Sala que tal autorización fue válida** y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación judicial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos». **No puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación transcrita**. Se omite en ella toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización limitativa o excluyente, diríamos mejor, del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE. Desde el primer momento **este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo -añade la sentencia-, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos»**. Y en este mismo sentido, para las TC 62/1982, «a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado (...).

(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido exigiendo toda una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular. Con cita expresa de las Sentencias de dicho Tribunal de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984 -respectivamente dictadas en los **asuntos «Klass y otros»** y **«Malone»**-, este Tribunal ha declarado en el ATC 344/1989, que siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a **las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones**.

j. 3²⁴- y 54/1996 -f. j. 8-, SSTS 5-2-1988, el fundamental y

Pues bien, de cuanto llevamos expuesto en orden a las garantías necesarias para la válida restricción del derecho fundamental invocado, debe concluirse que la intervención practicada en el teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 **no puede considerarse como una injerencia legítima en su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.**

4. Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE, **hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria**, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (...)” (resaltados añadidos).

24. El f. j. 3 STC 49/1996, estatuye:

“(…) En resumen:

A) **Estricta observancia, pues, de la proporcionalidad.** El principio de proporcionalidad «se refiere no sólo a la gravedad de la infracción punible, para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones» (ATC 344/1990).

B) **La motivación resulta necesaria porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad** entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece (SSTC 160/1994, 50/1995 y 181/1995).

C) La legitimidad de la medida de intervención telefónica se condiciona, en suma, a la consideración **por el juez autorizando de su necesidad** para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal, la resolución en que se acuerde **debe mencionar expresamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención**, esto es, manifestar cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona y, en función de esos indicios, proceder a su encaje en alguno de los tipos delictivos justificantes de la medida. Es imprescindible que **la resolución judicial determine el objeto de la intervención: número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas**, que en principio deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, **el tiempo de duración de la intervención, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, y los períodos en que haya de darse cuenta al juez para controlar su ejecución.**

no siempre seguida como hubiere sido menester ATS 18-6-1992 –Caso Naseiro-, 25-6-1993, 25-3, 18-4, 9, 20-5, 12-9 y 23-12-1994, 10-1 y 3-6 y 7-7-1995, 10-1, 22-7 y 20-12-1996²⁵,

El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, ***conocer los resultados obtenidos con la intervención***, y en el supuesto de que se produzca una ***divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda***, puesto que en otro caso (Sentencia TEDH, caso Klass, de 6 de septiembre de 1978, caso Malone, de 2 de agosto de 1984, y caso Kruslin de 24 de abril de 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada. Si un Tribunal sentenciador fundamenta su resolución condenatoria en pruebas obtenidas con violaciones de derechos fundamentales (sea por la Policía, sea por los Jueces de instrucción) ***la presunción de inocencia no ha de destruirse, como derecho fundamental que es, con semejanza material probatorio.***” (resaltados añadidos).

25. Esta resolución, aunque algo asistmáticamente recoge la esencia de la doctrina legal. Así, su f. j. 3 II, para lo que aquí interesa, sintetizando la doctrina del TS, estatuye:

“La doctrina de esta Sala, a través de diversas resoluciones, ha venido a fijar los requisitos y exigencias que respaldan la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas y que pueden cifrarse en los siguientes: **1.º) la exclusividad jurisdiccional** de las intervenciones en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. **2.º) finalidad exclusivamente probatoria** de las interceptaciones para establecer existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (Sentencia de 12 septiembre 1994). **3.º) Excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adaptarse cuando no exista otro medio** de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daño sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (Auto de 18 junio 1992, de esta Sala). **4.º) Proporcionalidad de la medida, que sólo habrá de adaptarse en el caso de delitos graves** en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (Sentencia de 20 mayo 1994). **5.º) Limitación temporal de la utilización de la medida interceptora de las comunicaciones telefónicas.** La Ley de Enjuiciamiento Criminal fija (artículo 579.3) periodos trimestrales prorrogables para la observación de las comunicaciones individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionado e ilegal (Sentencia de 9 mayo 1994). **6.º) Especialidad** del hecho delictivo que se investigue,

pues no cabe decretar una intervención telefónica **para tratar de descubrir de manera general o indiscriminada actos delictivos** (Auto de 18 junio 1992 y Sentencia de 20 mayo 1994). **7.º** La medida, además, **recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas**, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (Sentencia de 25 junio 1993). **8.º** **Existencia previa de procedimiento de investigación penal**, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones las que pongan en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero **sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación y correspondiente anotación de ese procedimiento de investigación criminal** (Sentencias de 25 junio 1993 y 25 marzo 1994). **9.º** **Existencia previa imprescindible de indicios de la comisión del delito, y no de meras sospechas o conjeturas**, de tal modo que se cuente con noticia racional de hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía, con la pertinente ampliación de los mismos que el juez estimara conveniente (Sentencia de 18 abril 1994). **10.º** **Exigencia de control judicial en la ordenación y desarrollo y cese de la medida de intervención**, control que, como el afectado por ella desconocerá, por razones obvias, su adopción, ha de ser riguroso en grado sumo (Sentencia de 18 abril 1994), y **11.º** que **la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada**, riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y cuya importancia exige del Juez una explicación razonable y razonada de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (Sentencias de 18 abril, 9 y 20 mayo y 12 septiembre 1994 y Auto de 18 junio 1992). **Cuando todos los anteriores requisitos concurren podrá estimarse que la interceptación e intervención de las telecomunicaciones no viola el fundamental derecho al secreto de las mismas que la Constitución Española garantiza.** Además, para la validez como prueba del contenido de las comunicaciones intervenidas se precisa **la entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde consten las conversaciones detectadas, sin consentirse la previa manipulación y selección de su contenido por la policía, el conocimiento por el Juez de ese contenido, su conversación y el respeto del mismo contenido, así como la posibilidad de su audición con audiencia de las partes interesadas** (Sentencia de 25 marzo 1994). En todo ello abundan las Sentencias de 10 enero y 3 junio 1995 y 22 julio y 10 enero 1996” (resaltados añadidos).

18-4 y 7-11-1997 –subasteros de Madrid-,²⁶ 19 y 20²⁷ y 22-

26. Esta resolución reproduce en parte la anterior y añade la práctica totalidad de los requisitos aquí enunciados. La extensión de los fundamentos jurídicos que dedica al planteamiento teórico (los 10 primeros) y su aplicación, muy ponderada, al supuesto de autos (del 11 al 15) impide la transcripción, siquiera extracta, de la misma.
27. De esta última, cabe reseñar el f. j. 1; así: “Esta Sala tiene ya elaborada una consistente y homogénea doctrina en cuanto a los requisitos de las intervenciones telefónicas tanto para evitar la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones constitucionalmente garantizado, como las que han de reunirse para que puedan ser acogidas como prueba. Para la derogación en casos concretos de la regla general de protección del secreto de las intervenciones telefónicas se precisa que est, prevista legalmente y que constituya una necesidad para la protección de intereses colectivos o generales como son la seguridad nacional y pública, la defensa del orden y la protección de derechos y libertades de los ciudadanos. Además, y de conformidad con la exigencia que expresa el artículo 18.3 de la Constitución, ha **de ser acordada en todo caso judicialmente y con una finalidad exclusiva de descubrir la existencia de delito y quienes sean las personas responsables del mismo**. Deben acotarse con precisión los teléfonos sobre los que recaiga la intervención, que habrán de ser los de las **personas que puedan aparecer indiciariamente** implicadas o de los que se sirvan habitualmente. La medida ha de ser excepcional en el sentido de que habrá de recurrirse a ella **cuando no haya otro medio de investigación menos lesivo de los derechos individuales**, proporcionada a la gravedad de los hechos cuya averiguación se pretende, **temporalmente limitada sin que pueda admitirse intervenciones indefinidas o de duración excesiva**, expresiva del delito concreto que se trata de descubrir siendo inadmisibles las que se encaminen a una averiguación indiscriminada de delitos, **acordada en un procedimiento de investigación criminal o determinadora de su inicio**, basarse imprescindiblemente en verdaderos indicios que permitan, aun cuando no sean datos exhaustivos, afirmar se cuenta con noticia racional de la existencia de delito, no **bastando meras sospechas o conjeturas, y acordarse por resolución motivada que se refiera a las circunstancias concretas del caso en que la supresión de la protección constitucional se acuerde** (Sentencias de 22 julio, 19 octubre y 20 diciembre 1996 y 22 enero, 4 y 25 febrero, 30 marzo, 12 abril, 8 y 26 mayo y 26 junio 1997). Con **el cumplimiento escrupuloso de anteriores requisitos se evita la infracción del derecho constitucionalmente garantizado, y se consigue obviar la falta de validez de toda prueba que directa o indirectamente de las escuchas derivara** (artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero se requieren otras exigencias de legalidad ordinaria para que los resultados de las escuchas telefónicas puedan llenar una finalidad probatoria y, entre ellas, fundamentalmente las referentes al control judicial de su puesta en práctica, sin que se pueda admitir las elección por la policía de las partes de las escuchas que en su opinión fueran conducentes a los fines probatorios, **sino que deben entregarse los originales de las grabaciones a la autoridad judicial para su selección por la misma,**

1-1998). De lo aportado por este acopio de jurisprudencia, caben extraer las siguientes conclusiones que, a modo de principios insoslayables, deben regir la observación de las comunicaciones. En resumen:

- *mandamiento judicial motivado y emitido dentro de unas diligencias penales;*
- *indicios de la perpetración de un hecho, más allá de las sospechas o conjeturas;*
- *mantenimiento del principio de proporcionalidad, reservando esta diligencia a los hechos de mayor gravedad y trascendencia;*
- *observancia de los principios de necesidad, esto es, que no hay otro medio de investigación;*
- *el concreto número de abonados que habrán de ser objeto de investigación,*
- *un límite temporal para la intervención, los periodos en que, mientras esté vigente la intervención, tendrá que producirse la dación de cuenta por parte de la Policía Judicial al Juez de Instrucción,*
- *así como el delito o delitos que es o son objeto de diligencias*
- *y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al Juzgado autorizante u ordenante.*

Esta es, así mismo, la **doctrina del TEDH**. Una serie de capitales resoluciones, ya ampliamente referenciadas en la mejor doctrina constitucional y legal [casos Malone (STEDH 2-8-1984), Kruslin y Huvig (SSTEDH 24-4-1990), Masson y van Zon (STEDH 28.9.1995), Leutscher /STEDH 26.3.1996), Halford (STEDH 25-6-1997), Kopp (STEDH 25.3.1998) y Valenzuela (STEDH 30-7-1988)].

En esta última resolución se encuentran el resumen que el propio Tribunal de Estrasburgo efectúa de su doctrina en el párrafo 46. Así, para lo que aquí interesa hay que establecer como **requisitos mínimos** de la intervención telefónica legítima

y posterior conservación por el federativo a disposición de las partes que pretendan servirse de ellas con fines probatorios (Sentencias de 25 junio 1993 y 8 noviembre 1994)". (resaltados añadidos).

tima los siguientes aspectos, que ponen el acento en la **evitación de abusos de poder**:

- *una determinación legal de las clases de personas a las que pueden sufrir observaciones de sus teléfonos mediando una orden judicial;*
- *la naturaleza de los delitos que permiten impartir tal mandamiento judicial;*
- *una limitación temporal de la observación telefónica;*
- *el procedimiento para transcribir las conversaciones así observadas;*
- *las precauciones necesarias para mantener siempre un ejemplar intacto e íntegro de tales observaciones, a fin de eventuales controles por parte del juez y de la defensa; y*
- *los requisitos bajo los que las grabaciones pueden ser destruidas o borradas, en especial cuando el acusado ha visto sobreseídas las diligencias o ha sido absuelto.*

b. Consecuencia del principio de legalidad: la previa existencia de diligencias procesales a la intervención de las comunicaciones

Amén de lo ya avanzado sobre las diligencias indeterminadas, fuertemente censuradas, sino unánimemente, sí con pleno acierto por un significativo sector jurisprudencial (entre otras resoluciones, ATS 18-6-1992, SSTS 7-7 y 26-9-1995, 20-12-1996, 7 y 25-11-1997, 22-1-1998,²⁸ resulta consecuencia

28. **Las diligencias judiciales han de ser siempre previas a la emisión del mandamiento de observación.** En efecto, el que la primera notitia criminis la tenga el Juez de Instrucción por medio de una petición de la Policía Judicial –lo cual, en puridad, es incorrecto, pues la petición debería ser consecuencia de un atestado, insertándose en el mismo–, como deberá valorar tal atestado y consiguiente petición, sólo una vez valorado determinará qué diligencias corresponde abrir en función del delito presuntamente cometido. Una vez hecho esto, declarando, por razones obvias, el secreto de las actuaciones, acordará lo que estime pertinente respecto de la observación de las telecomunicaciones. Por ello, la emisión de tal autorización con la sola cobertura de **diligencias indeterminadas** es incorrecto; es más: debe ser considerado nulo. Este paso, forzoso en el terreno de la legalidad, que parece el más propicio para el desenvolvimiento de

obligada de dicho planteamiento el que **queden proscritas en nuestro ordenamiento las escuchas prospectivas o predelictivas**. Como señala la última de las resoluciones citadas, “de ahí la referencia a la **previa existencia de un procedimiento en cualquiera de las modalidades que las leyes arbitran**”. O lo que es lo mismo, para que pueda darse un mandamiento de escuchas telefónicas ha de partirse –siguiendo dicha resolución– “**de un hecho delictivo y de unos indicios de criminalidad**” a fin de su correcta averiguación y esclarecimiento.

Partiendo de la base de la inexistencia de escuchas extra-judiciales, ha de insistirse en la erradicación de la corruptela de las diligencias indeterminadas que convierte, de hecho, en señores de la investigación a los agentes de la Policía Judicial, **limitándose el Juez a servir de oficina de estampillado de mandamientos formularios** y, en no pocas ocasiones, como veremos infra, sin motivación propia, pues se efectúa, para más inri, una motivación que hace referencia a la petición policial. Tal es la censura, ya transcrita, supra n. 11 de la STC 54/1996.

Cosa, en principio, diferente, es que, con ocasión de una escuchas telefónicas legales, la policía toma conocimiento de

los Tribunales de Justicia en un Estado de Derecho, suele ser pasado por alto (así, entre otras muchas, STS 22-1-1998), pese, a como hemos visto y seguiremos viendo, intentos jurisprudenciales cabalmente irreprochables. Afirmo que ha de tratarse de **diligencias procesales preexistentes**, puesto que, como ya tiene definitiva y meridianamente estatuida la mejor jurisprudencia (por todas, ATS 18-6-1990 –caso Naseiro–, STS 25-6-1993, 26-9-1995, 22-1-1998), **no caben diligencias policiales de investigación al margen de una causa penal regularmente abierta**; lo contrario supondría, como afirma la primera sentencia reseñada, que hubieran **diligencias colgadas en el vacío**. La **corruptela** –excesivamente tolerada, pasando por alto graves implicaciones disciplinarias y penales– consistente en acordar judicialmente la autorización de actuaciones policiales sin abrir el correspondiente procedimiento, aperturando incomprensiblemente unas, **inexistentes en la Ley**, diligencias indeterminadas, se resiste a pasar a mejor vida; al obrar así el Juez, lejos de tutelar, acababa dinamitando el derecho fundamental en cuestión. Abandonado el planteamiento correcto y amparando la existencia de diligencias que la Ley desconoce, vid. SSTS 19-12-1994 –que califica el hecho de intrascendente–, 5-5-1995, 28-3 –lo decisivo es la vulneración de derechos constitucionales (!)–, 18-7, 11 y 16-12-1996, 28-2, 6-10 y 13-12-1997, que dan injustificadamente cobertura judicial a lo que carece de cobertura legal.

otro hecho delictivo. Tal fue lo que ocurrió en el llamado, y aquí tan reiterado, **caso Naserio**, que concluyó con la anulación de esta modalidad de pesquisa (ATS 18-6-1992).

Si bien nada hay que objetar a la captación accidental de una *notitia criminis*, lo que procede es ponerlo en conocimiento del Juzgado competente para que, además de aperturar las pertinentes diligencias, ordene, si se estima procedente, nuevas escuchas en relación con el nuevo caso. No poner en conocimiento judicial inmediato del Juez este hecho, supondría la invalidación de las diligencias subsiguientes en el nuevo caso, conclusión de la que difiere la STS 22-10-1993 y, en cierta medida, la STC 49/1995. Aquí, ciertamente, no cabe hablar de vulneración del derecho fundamental de las comunicaciones del nuevo sujeto sobre el que, por mero accidente, se abre una investigación; pero la comunicación inmediata al Juzgado dado lo sensible del medio utilizado es requisito indispensable de validez de lo que se pueda obtener en la nueva investigación.

c. La proporcionalidad

De la mano, pues de la motivación, so pena de nulidad de la diligencia y sus eventuales probatorios si aquélla es insuficiente (así, STC 54/1996), se plasma igualmente el **principio de proporcionalidad**.²⁹ Principio que, una vez más, pese a su reiteración, ha de ser traído a colación una y otra vez. Ello quiere decir, simple y llanamente **que no todos los delitos** –y, en cualquier caso, nunca las faltas– **son susceptibles de ser investigados con vulneración de este esencial derecho** que, como hemos visto, por su propia naturaleza afecta a terceros ajenos a las investigaciones. De acuerdo al sistema actual tripartito de delitos, sólo cabe entender que los **delitos graves y dentro de éstos**, los que tienen mayor pena, es decir, **como mínimo superiores a seis años de privación de libertad**, pueden ser objeto

29. Cfr. la reciente STC 123/1997, ff. jj- 3-5 con abundantes referencias y síntesis de los criterios expuestos en el texto. Vid., además, STS 2-2-1998.

de investigación mediante sacrificio constitucionalmente aceptable del derecho al secreto de las (tele)comunicaciones.³⁰

30. A este respecto, resulta del mayor interés la STS 4-2-1997, cuyo f. j. 2, por su detallismo, documentación y acertada doctrina ha de ser transcrito prácticamente íntegro. Así:

“En relación con la impugnación efectuada de la totalidad de las grabaciones realizadas a través de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo en la presente causa, se ha establecido por esta Sala un cuerpo de doctrina que partiendo de los trascendentales Autos de 18 junio y 2 julio 1992, se ha desarrollado y reforzado en Sentencias posteriores, de las que podrían citarse, referidas al auto 1996, las de 18 y 26 enero, 4, 11, 15 y 28 marzo, 2, 9, y 16 abril, 24 junio, 18 y 22 julio, 3, 11, 19 y 26 octubre, y 49/1996, de 26 marzo del Tribunal Constitucional. En esa doctrina, en líneas generales se expresa, como señala la STS 2093/1994, “las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas “escuchas telefónicas”) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios.

La Constitución Española garantiza en su artículo 18.3 “el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores -STC 114/1984, de 29 noviembre y Sentencia del TEDH de 2 agosto 1984, caso Malone-.

Aunque el legislador mejoró el texto de la LECrim con la modificación del artículo 579, por medio de la LO 4/1988, de 25 mayo, no le acompañó el éxito en esta actividad y los Tribunales y Jueces han tomado en cuenta, a m s de esta deficiente normativa, las SSTC 22/1984, de 17 febrero; 114/1984, de 29 noviembre; 199/1987, de 16 diciembre; 128/1988, de 27 junio; 111/1990, de 18 junio; y 190/1992, de 16 noviembre; del TEDH SS. 6 junio 1978, caso Klass; 2 agosto 1984, caso Malone; 12 junio 1988, caso Schenk y 24 abril 1993, casos Kruslin y Huvig”.

Por su parte las SSTS 1038/1994, de 20 mayo, 1762/1994, de 11 octubre y 276/1996, de 2 abril, señalan que en las intervenciones telefónicas son principios básicos sin cuya observancia se produce la vulneración del derecho fundamental los siguientes:

a) fundamentación de la medida, en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación. Desde el primer punto de vista es exigible que (como expresa también las TC 7/1994, de 17 enero, que aunque dictada sobre tema distinto establece una doctrina genérica sobre tal principio) exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella. Proporcionalidad que el TEDH ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida -SS-TEDH 7 diciembre 1976 (caso Handyside); 26 abril 1979 (caso The Sunday Times⁷); 24 marzo 1988 (caso Olsson); 21 junio 1988 (caso Berrehab), etc.- y que la sentencia de esta Sala de 25 junio 1993 matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo. Punto de vista que avala la proporcionalidad de las medidas de autos, en cuanto afectaban a delitos de gran trascendencia social (tráfico de drogas) y con presuntas implicaciones de elementos policiales, que harían más grave su comisión, por lo que ese requisito se da en los acuerdos impugnados.

En cuanto a la motivación de la autorización judicial que habilita y legitima la intervención, en los términos del artículo 18.3 CE, aparte de ser exigencia genérica impuesta a toda resolución judicial por el artículo 120.3 CE, resulta mucho más necesaria en los casos en que la decisión del Juez afecta a derechos fundamentales, como señaló la STC 56/1987, de 14 mayo, al recordar que “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho”. Sin embargo, y sin renunciar a tal exigencia, esta Sala la ha matizado en un doble sentido: primero, que en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a su averiguación y descubrimiento del delincuente (artículo 126 CE) el “*fumus boni iuris*”⁸ tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala las TC 341/1993, de 18 noviembre, la autorización judicial es defectiva de la flagrancia, pues en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, evidencia no exigible en el otro caso (STS 7 mayo 1994, ya citada), lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga y que está por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba; y segundo, que aunque lo correcto y deseable es que los fundamentos de la medida se expresen en el auto que la acuerde, no puede negarse la existencia de motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el por qué del acuerdo (STS 5 julio 1993), con lo que la remisión a las razones de la solicitud, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial, en cuyo sentido también el auto que acordó la diligencia afectante al recurrente, aunque extendido en la forma repudiable del previo impreso, pudiera encontrar su mo-

De la mano *de la proporcionalidad se sigue como consecuencia, a su vez, algo que resulta elemental: la temporalidad de la observación y/o intervención*, por un lado, y, por otro, la periódica dación de cuenta al Instructor de los hallazgos efectuados por la policía. En efecto, aun sigue siendo práctica no erradicada que se otorguen judicialmente escuchas telefónicas sin límite temporal; esto ocurre cuando no son motivadas y ya hemos visto que son nulas, tanto tales diligencias

tivación en los términos explícitos de la solicitud policial de la intervención, sin que el tiempo transcurrido desde que surgieron las sospechas o indicios y el momento de la petición pueda invalidar tal fundamento, al producirse aquélla dentro de una investigación policial compleja y dirigida, en principio, hacia otras personas.

b) Especialidad; principio que significa que “no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos y que “no es correcto extender autorización prácticamente en blanco” (A. 18 junio, citado) exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SSTS 2 julio 1993 y 21 enero 1994); así como que no puede renunciarse a investigar la “notitia criminis” incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (S. 15 julio 1993).

c) Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser exquisito y riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último, es al Juez y no a la Policía a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad.

En el supuesto de autos, dicha intervención se acordó mediante resolución judicial debidamente motivada, adoptando la forma de auto, dentro de un proceso judicial, cumpliéndose plenamente los requisitos de motivación, proporcionalidad, razonabilidad y adecuado control judicial, que concurre plenamente, y si las cintas originales obran en las actuaciones debidamente contrastadas por el Secretario judicial, en el momento de ser valoradas como pruebas, lo que también se constata, es por lo que procede la desestimación del motivo”.

como sus eventuales efectos probatorios. Pero, además, no vale, fijar un límite temporal. Es necesario un **dobles límite**; así, en primer término, al modo que rige para otras limitaciones de derechos de menor o análoga entidad.³¹ De este modo, el límite temporal deberá ser revisado, especialmente a la baja –aunque cabe, lógicamente, prolongarlo por sucesivos períodos– a la vista de los informes, que con la máxima periodicidad deberán especificarse en el mandamiento correspondiente, **procede rendir ante el Juez de instrucción a los funcionarios policiales encargados de las escuchas.**

No queda vulnerada la proporcionalidad, si, el delito inicialmente investigado se transforma más tarde en otro (STS 19-1-1998). Dado el estado indiciario de las investigaciones ello puede ocurrir; lo decisivo es pues, que el juicio ex ante, sea razonable y basado en datos objetivos, siendo irrelevante a estos efectos, tal como sucede en la detención, el resultado último de la investigación.

d. La documentación de la actuación y sus anexos: la entrega al Juzgado de los originales grabados

Llegados a este punto, ha de concluirse con la documentación de la diligencia policialmente practicada con la debida cobertura judicial. Así, salvo orden expresa en contra, a **la Policía Judicial no le es dado seleccionar lo que entienda relevante de lo que resulte insignificante o banal a los efectos de la investigación interesada.** A diferencia de lo que ocurre con la observación postal y telegráfica, en la que los efectos ocupados son llevados ante el Juez para que éste los procese en forma, a presencia, por lo general, del interesado (art. 584 LECr³²), aquí, una conversación telefónica, dado que no es algo mate-

31. Así, por ejemplo, el secreto de las diligencias sumariales que no podrá durar, por lo general más de un mes siendo prorrogables por idénticos términos (art. 302 II LECr) la incomunicación que no debe superar, por regla general, los 5 días (art. 506 LECr).

32. La reciente LO 5/1999 de reforma de la LECr elimina, aun sin estar declaradas secretas las diligencias, la presencia del interesado en la apertura de los envíos postales a él destinados a cuando se sospeche que los mismos pueden contener drogas.

rial, sino lógico, no puede ser llevado a presencia judicial sin que el portador haya tomado previamente conocimiento del contenido de la conversación.

De ello se deriva, además de la necesaria entrega al Juez de la **integridad de los originales** (masters)³³ en que consten la totalidad de las grabaciones, que por aquél y el Secretario judicial se proceda a las transcripciones y a la incorporación a la causa de los pasajes de interés para la misma.³⁴ Bajo ningún concepto la Policía Judicial no está habilitada para seleccionar por su propia autoridad, ni, mucho menos, a guardar para sí, los fragmentos que estimen fútiles para la investigación, es decir, mutilando materialmente las grabaciones y conservando los fragmentos que considere de interés; otra cosa, claro está, es señalar o proponer a quien debe decidir aquellos fragmentos de relevancia para la causa. El respecto a la intimidad que las (tele)comunicaciones incorporan impone esta, por otro lado, simple solución: entrega íntegra, al final de la diligencia, del original de las cintas magnetofónicas donde aquélla se ha plasmado.³⁵ Además de imponerle el derecho a la intimidad –

33. Es frecuente, como hemos visto, la distinción entre defectos constitucionales que comportan la nulidad de la diligencia y defectos legales que, unas veces invalidan la prueba, sin afectar la integridad del derecho fundamental y otras se mantienen precariamente. Un ejemplo de la primera versión, minoritaria, es la STS 2-2-1998, que reconoce los defectos en la entrega de la integridad de las grabaciones y eventuales defectos de transcripción.

Téngase presente que el art. 7. 1 LO 4/1997 establece la entrega íntegra y por original de los soportes de audio y video al Juez competente, con cesión de las imágenes o sonidos obtenidos en el ejercicio de las competencias de seguridad ciudadana.

34. Así, SSTS 5-2 y 27-6-1988, 25-6-1990, 7-7.1993.

35. El no hacerlo así se considera un defecto formal que puede ser salvado o bien mediante otras pruebas o bien, dándole carácter a las transcripciones parciales, que pueden ser adverbadas en el juicio oral por, entre otras SSTS 11, 17, 25-10-1994, 19-11-1995, 14-4-1996, 17-2, 7-4-1997. Ello supone que quien ha hecho mal una actuación, la puede sanar sin más a costa del derecho lesionado, lo cual no es ciertamente compatible. Solo es admisible la condena si los hechos probados se derivan de otros datos, legítimamente obtenidos y regularmente acreditados en el juicio oral, que nada tengan que ver con tan irregulares observaciones telefónicas. Otro sector jurisprudencial, si bien considera que tal transcripción parcial policial de las escuchas y subsiguientes grabaciones como prueba, no impide

los pasajes irrelevantes para la causa deberán ser entregados al observado, sin guardar copia-, lo impone también el derecho de defensa -determinar lo que es relevante o no, no es cuestión fácil, sino el objeto de la causa, algo sobre lo que el investigado está llamado a decir algo- y la obligación genérica de consignar en las diligencias tanto lo favorable como lo desfavorable al encausado (art. 2 LECr). En este sentido, con rotundidad y exigiendo el pertinente control judicial, que debe ser exquisito y extremado y bajo la supervisión del Secretario judicial, (ATS 18-6-1992 y SSTS 18-6-1993), 25-3-, 23-12-1994,³⁶ 12-1-1995, 22-1-1996, 7-11-1997, 3-2-1998. Lo decisivo

seguirles atribuyendo carácter de diligencia de investigación (así, STS 28-3-1996, a la que sigue STS 7-4-1997). Al menos que no constituyan prueba de cargo es ya una garantía, pero lo que no resulta admisible es que, pese a su ilegalidad, se permita seguir la indagación. La teoría del fruto del árbol envenenado se hace aquí de necesaria aplicación. Más elaboradamente, la STS 17-2-1997, compartiendo en esencia tal criterio, afirma que, pese a la nulidad de la prueba por incumplimiento de los requisitos para la transcripción, lo obtenido a partir de las observaciones telefónicas es válido, puesto que tal intervención fue válidamente acordada. Se trata de un razonamiento en apariencia consistente, pero, observado con detenimiento, resulta ser un sofisma. No se puede escindir la práctica conforme a la legalidad de un actuación de investigación de la forma en que se plasme a los efectos y fines de tal investigación, si tal plasmación se hace de modo incorrecto. **Si las transcripciones parciales efectuadas por la policía no son fiables como prueba, ¿cómo pueden serlo para seguir la investigación?**

36. Aunque extensa, por documentada y exhaustiva, es necesaria la transcripción del f. j. IV de la STS 23-12-1994. Así:

“ CUARTO.- (...) En la segunda parte del artículo 18.3 (a que nos venimos refiriendo) se resuelve el conflicto que se plantea entre el derecho fundamental (privado del individuo) de la inviolabilidad de las comunicaciones y la obligación (pública estatal) de uso de las mismas para la averiguación y constatación del hecho ilícito y puesta al descubierto de sus autores responsables (por el medio eficaz de la práctica de las escuchas telefónicas), **quedando así en manos del órgano judicial la suspensión del secreto de las comunicaciones, que ha de llevarse a cabo mediante «auto motivado»**, ya que como dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia 62/1982, de 15 octubre, «...**toda resolución judicial que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado**», motivación, por otra parte y esto es importante, como exigencia del principio de «proporcionalidad», que requiere se plasme el indispensable «juicio de ponderación» sobre la «necesidad» de la medida -cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos de 6 septiembre 1978 y 2 agosto 1984 (dictadas respectivamente en los casos «Klass y otros» y «Malone») y del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 julio; 13/1985, de 31 enero; 37/1989, de 15 febrero, y la muy reciente 85/1994, de 14 marzo [dictada en el Recurso de Amparo 565/1992, interpuesto por los condenados en Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 28 octubre 1988, confirmada por la de esta Sala de 16 enero 1992].(...)

Tardíamente, casi diez años después de la promulgación de la Constitución, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, da nueva redacción al artículo 579 de la repetida Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus números 2 y 3 (únicos que afectan a la presente resolución) (...). Ya existe así una norma («prevista en ley») que concreta y determina de qué forma puede actuar y con qué exigencias y garantías debe el Juez decretar la interceptación de un teléfono.

La lectura detenida y minuciosa de la misma pone al descubierto que la reforma quedó a medio camino. El artículo 579 de la Ley Rituaria Criminal, redactado por la Ley Orgánica 4/1988 referida, sólo determina la «forma» que ha de revestir la resolución en que se acuerde la intervención u observación telefónica (que ha de ser motivada); la «condición» o requisito «sine qua non» de la constancia de «indicios», **lo que no puede jamás equivaler a sospechas o conjeturas** [cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175/1985, de 17 diciembre y sí **a «indicios racionales de criminalidad»** que -como indica el Auto de 18 junio 1992- «son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica y conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de identificación a través de la intervención telefónica; **el «plazo» por el que ha de llevarse la misma, «prórroga» -en su caso- y «finalidad» perseguida con la interceptación.**

Como se ve -indica el mismo Auto de 18 junio-, el legislador no establece limitaciones en razón a la «naturaleza» de los posibles delitos o a las penas asociadas. La misma está ausente de una regulación concreta y exhaustiva de muchos requisitos a exigir y criterios a seguir para la práctica de las escuchas y medio probatorio, lícito y válido, «auténtico» en una palabra y eficiente a efectos de enervar la «presunción de inocencia», proclamada paradigmáticamente en el artículo 24.2 de la Constitución. Como se lee en el auto de esta Sala, precedentemente indicado, «la excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica...» y «...sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida **la insuficiencia del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de la realización de tal medida, utilizando la vía análoga de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros su-**

es, como señala la STS 4-11-1994 “que el Juez autorizante [de las intervenciones telefónicas] no se desentienda de la medida que autoriza y la controle en la medida de lo posible”. Mucho más contundente, como hemos visto, la STS 14-4-1997.

F. Epílogo

Llegados a este punto forzoso es concluir. El motivo de este encuentro no es necesario reiterarlo, pues es patente el ánimo

puestos semejantes...) y, añadimos, a la vista del Convenio Europeo de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal Europeo, exigente el primero de que la **«ingerencia» ha de estar prevista por la Ley y ha de constituir una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional o para la prevención del delito, Ley que exige una precisión especial, asequible y conocida; término este de Ley que no sólo ha de entenderse en su acepción «formal», sino «material», englobando a la vez textos de rango infralegal y el «Derecho no escrito», jugando un papel importante la jurisprudencia, constituyendo consecuentemente la «Ley» el texto en vigor tal como los organismos jurisdiccionales lo han interpretado** (cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los asuntos «Huvig» 4/1989, 164/220 y «Kruslin» 7/1989, 167/223, ambas de 27 marzo 1990, publicadas el 24 de abril siguiente).

Bajo dicha perspectiva, antes de la formulación de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, y después de ella, esta Sala en innúmeras resoluciones, y según le permitió el estrecho cauce del recurso casacional, partiendo de que las cintas magnetofónicas constituyen medio probatorio «válido» y eficaz -como prueba «documental» (otra cosa distinta es que ostenten o no dicho carácter a efectos casacionales y número 2.º del art. 849 de la Ley Adjetiva)-, **cuando practicada correctamente la interceptación telefónica, las cintas son traídas al plenario con entrada en juego de los principios de publicidad, concentración, intermediación, contradicción, igualdad y defensa, ha ido** fijando los requisitos precisos y necesarios para la realización correcta de la medida limitativa o restrictiva del derecho fundamental a la «inviolabilidad» del «secreto» a las comunicaciones, íntimamente unido a los de «intimidad» y «dignidad» de la persona, siendo de destacar al efecto por la exhaustividad y profundidad en el estudio del tema, con análisis y fijación total de la manera de llevarse a cabo las referidas interceptaciones telefónicas el Auto de 10 junio 1992, antes citado, las Sentencias en el mismo referidas de 5 febrero 1988, 21 febrero 1991 [en la que se alude a las de 5 de febrero acabada de indicar, 17 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1990 y la de 16 enero 1992; pudiendo a añadirse las de 5 octubre y 14 noviembre 1990 y las de 25 junio, 15 julio y 18 octubre 1993 y la antes referida de 18 abril 1994 y a las que íntegramente nos remitimos”. (resaltados añadidos)

que nos ha convocado a los aquí contribuyentes con nuestros, en mi caso ciertamente, modesto trabajo.

Sin embargo, no quiero concluir sin dejar sobre el tapete una cuestión que me parece primordial, corolario de las censuras -muchas y de calado- y loas -esenciales y radicales- efectuadas a la doctrina legal, tanto constitucional como ordinaria aquí reseñada, sin pretensión alguna de exhaustividad.

Me refiero a que considero escandaloso el que ante las irregularidades -elijo ahora un término neutro- puestas de manifiesto a lo largo del proceso, la ausencia de respuesta por parte de los órganos judiciales implicados. En efecto, ante tales irregularidades -de momento, mantengo adrede la neutralidad semántica- pueden ocurrir dos cosas. La primera tiene lugar cuando tales irregularidades hacen inviable, sea cual sea el estado procesal en que nos hallemos, la imposición de una pena, por haber dañado de nulidad el acervo probatorio. La segunda ocurre cuando, aun sin comportar las irregularidades tal consecuencia -paso por alto, tanto la teoría del fruto del árbol envenenado como la preclusión lógica de algunas pruebas respecto de otras-, queda constancia en alguna de las fase procesales que la irregularidad ha sido cometida.

Contentarse por parte de los órganos judiciales -y los del Ministerio Fiscal- con la sentencia absolutoria por falta de pruebas o con la declaración de tales irregularidades me parece no sólo poco pedagógico sino, además, contrario a Derecho.

En la STC 22/1984, junto a los pedimentos de amparo, el recurrente instaba la deducción de testimonio por responsabilidad penal contra quienes vulneraron, en aquel supuesto, su derecho a la inviolabilidad domiciliaria. El Tribunal Constitucional arguyó que, dada la novedad que suponía el nuevo engranaje jurídico, no procedía. Ya no es el caso, a los veinte años de vigencia de la Constitución.

Que se sepa, cuando las irregularidades se constan, sean los que fueren sus efectos procesales, nada se hace contra quienes, policía, jueces o miembros del Ministerio fiscal, han perpetrado tales irregularidades. Y esto es aun más grave, porque en materia de derechos y libertades públicos y fundamentales, su *lesión* -aquí ya se abandona la neutralidad semántica prece-

dente- es, las más de las veces, constitutiva de **delito**. No voy ahora, por haberlo hecho sobrada y repetidamente en otros lugares, a entrar a la eventual tipificación jurídico-penal de las mayor parte de las irregularidades lesivas aquí apuntadas.

En cualquier caso, la redacción de los tipos del Código penal me parece inequívoco y no admiten más excepciones, lógicas y necesarias por otro lado, que el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber, enlazado con la persecución de un delito. Así, la previsión de los crímenes cometidos por los funcionarios públicos, sin distinción de rango o función, en el ejercicio de sus cargos contra los derechos fundamentales están ahí; para lo que aquí interesa, las escuchas ilegales, la divulgación de las mismas, las falsedades documentales, la prevaricación judicial y administrativa, el impedimento del ejercicio de los derechos cívicos, omisión del deber de denunciar determinados delitos.

No cabe alegar, en fin, que haya de ser la víctima de tales vulneraciones quien haya de poner a su vez en marcha el correspondiente proceso penal. Salvando las cuestiones atinentes a la prescripción, tema desde luego no baladí, la STEDH 18-12-1996 -asunto Aksoy- ha puesto las cosas en su sitio. Corresponde -si no lo han apreciado, añado por mi parte- los órganos judiciales, singularmente el Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal la persecución de tales delitos imputables a funcionarios públicos. Exigir que la víctima, no siempre en correcto estado ni jurídico ni físico ni económico, peche con tal responsabilidad constituye una doble carga absolutamente desproporcionada.

Veremos que es lo que, en este terreno nos depara el futuro.

**UTILIZACIÓN DE LA COACCIÓN
FÍSICA ESPECIAL REFERENCIA
A LAS ARMAS DE FUEGO**

Una de las actuaciones prototípicas de la Policía, tanto administrativa como judicial, es el recurso al **uso de la fuerza**, la llamada **coacción directa**, y más concretamente el uso de las armas de fuego. Y ello constituye en sí mismo otro recurso. Sobrepasaría con mucho efectuar un análisis de todas las técnicas e instrumentos de manifestación de la coacción directa. Las esposas, las defensas rígidas o flexibles, el armamento de fuego, los sistemas de defensa pasiva, sprays y demás utensilios requieren ser estudiados, pero partiendo de supuestos reales, compilados en la práctica. Por ello aquí efectuaremos una ponderación jurídica del instrumento más paradigmático de la Policía, tanto que hasta condiciona su definición legal: **el arma de fuego**. Anudado directamente a este tema está el del disparo con resultado de muerte, y, más específicamente aún, el **disparo mortal intencional**: el tirar a matar. A este tema se destina el presente capítulo.

A. Planteamiento

Ocurre en innumerables ocasiones que los miembros de los diversos cuerpos policiales hacen uso mortal de sus armas de fuego al ejercer las labores propias de sus cargos. Ello supone que, como mínimo, el tipo de algunos delitos calificados en el CP como de homicidio o lesiones despliegue su función de alerta. Y comportará, en consecuencia, el que tanto los Tribunales como la doctrina determinen, en sus respectivas esferas, si de aquella acción pueden derivarse responsabilidades penales para el agente que ha utilizado sus medios destructivos con tal fin; es decir, habrá que establecer si el privar a un ciudadano de su vida por aplicación de la más directa y expeditiva de las coacciones puede quedar amparado dentro de una causa de justificación, ya sea el cumplimiento de un deber y/o ejerciendo el cargo u obediencia debida.

Se trata, pues, de establecer si la Policía está facultada para arrebatar la vida a sus conciudadanos por el hecho de que éstos aparezcan ante aquélla como delincuentes más o menos peligrosos o rebeldes. Si la respuesta a este interrogante resulta negativa con carácter general, establecidos los parámetros por los que la actividad policial ha de guiarse, cabrá en segundo

término examinar si resta alguna posibilidad en que se pueda llegar a imponer a tales funcionarios la **obligación** de proceder a la práctica de una operación tan dramática como drástica. La respuesta a todo ello vendrá dada por el análisis que del Derecho vigente se efectúe y de los principios que del mismo se deriven. En consecuencia, sólo dentro de estos márgenes podrá afirmarse que, pese a haber tenido lugar el lamentable hecho de la pérdida o quebranto de vida(s) humana(s), la acción del funcionario policial por conformarse a lo que exige el Derecho está plenamente justificada.

No se olvide que las causas de justificación permiten u obligan la lesión de un bien jurídico en razón de intereses que se han estimado prevalentes; pero la lesión misma no desaparece.

Para proceder al citado análisis conviene recordar los principios básicos de actuación de la Policía y la polémica en torno a la aplicación directa de las causas de exclusión de la antijuridicidad previstas en el CP; decimos aplicación directa en el sentido de una nueva fuente de habilitación, y no, como pondremos, como aplicación tras la ponderación de la actuación policial de acuerdo a la normativa que regula la función. O sea: se considerará que la actuación policial cabe dentro de la causa de justificación ‘ejercicio de cargo’ si éste se ha desempeñado fielmente y no como si está eximente u otras fueran nuevas formas de actuación.

B. Principios rectores

La actuación de los miembros de los cuerpos de seguridad ha de ceñirse **siempre**, en tanto **que funcionarios públicos**, a los parámetros de habilitación legal, idoneidad del medio empleado, necesidad de su empleo y al principio de proporcionalidad.¹ Estos principios rectores se derivan, en esencia, del art.

1. Circular de la Dirección General de la Policía (mayo de 1983) sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado:

“La utilización de las armas de fuego reglamentarias por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado viene suscitando diversas

104 CE –y de los demás pasajes, como los arts. 10, 15 ó 17 CE,

controversias, especialmente cuando su uso causa la muerte o lesiones graves de personas. Por otra parte, el uso indebido de las armas, cuando se produce un resultado lesivo para personas inocentes, genera la apertura de procedimiento criminal en el que el miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad puede ser condenado a penas graves, y, en este sentido, existe una sólida doctrina jurisprudencial, que fija la responsabilidad penal del que usa indebidamente armas de fuego.

Como antecedentes normativos inmediatos de esta materia, figuran los Principios Básicos de Actuación de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros el 4 de septiembre de 1981 y publicados por Orden del Ministerio del Interior el 30 de septiembre del mismo año y las Instrucciones dictadas por el Director de la Seguridad del Estado sobre controles policiales en carreteras y vías urbanas.

Parece, por ello, oportuno y necesario concretar los casos y las circunstancias en las que dichos miembros pueden y deben hacer uso de su arma reglamentaria, excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización.

Se trata, en consecuencia, con total prioridad, 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 los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al propio tiempo que se da cumplimiento a lo dispuesto en la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa, aprobada por su Asamblea Parlamentaria de 8 de mayo de 1979, en cuyo apartado a), número 13, se expresa: «Es necesario dar a los funcionarios de Policía instrucciones claras y precisas sobre la forma y las circunstancias en las que deben hacer uso de sus armas.»

En su virtud, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa aprobada por Resolución de la Asamblea Parlamentaria de 8 de mayo de 1979, teniendo en cuenta el derecho a la vida y a la integridad física que consagra la Constitución Española 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, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se atenderán en el uso de sus armas de fuego a las siguientes reglas:

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas 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 concurran 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 pueden ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida adecuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa.

que están en íntima relación con aquél-, del art. 5. 4 LOFCS, de los arts. 96 ss. LPA o del art. 25 LRL. No hay que pasar por alto, además, pese a carecer de carácter vinculante, pero de indudable alcance interpretativo, la **Declaración sobre la Policía**, del Consejo de Europa, de 8-5-1979, y el **Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley**, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 17-12-1979; cfr. también, entre otras STS.²

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 continua 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 los Cuerpos y Fuerzas 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 intimidatorio –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 aquellas, 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.”

2. Un resumen de esta normativa y de los principios sistemáticos que de ella se derivan se encuentra en la primera parte del f. j. 2 de la STS 13-5-1996, que reza como sigue:

“SEGUNDO.- La circunstancia 11.^a del art. 8 del Código Penal [ahora, art. 20, 7^o] declara exento de responsabilidad criminal al que «obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

De las tres referencias que contiene el citado precepto hemos de escoger la primera, en la que se establece una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir. El cumplimiento de un deber ha de 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 emergencias profesionales. ***De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente.***

Como dice la Sentencia de 4 noviembre 1994, conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber (una de las previstas en el núm. 11 del art. 8 CP) cuando, como aquí, se trata de la actuación de un agente de la autoridad que ***tiene no sólo la facultad sino también*** el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tiene asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva «con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable», pero ***al mismo tiempo «rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad», como dice el apartado c) del art. 5.4 de la LO 2/1986***, de 13 marzo, cuyo apartado d) ***concreta que «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior»***. Lo que responde al mandato del art. 104 de nuestra Constitución y se halla inspirado en las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» hecha por el Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 y por el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año 1979. Conforme a tales normas y directrices para la aplicación de la eximente citada ya se ha dicho que es necesario que concurren una serie de requisitos. Estos, destacados, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 22 diciembre 1989, 25 marzo 1992, 3 diciembre 1993, 17 de enero 1994 y 24 enero 1994 son:

1º) que los intervinientes en el hecho tengan el carácter de autoridad o de agentes de la autoridad y se encuentren en ***el ejercicio de una función pública que les esté legalmente encomendada***, cumpliendo, por tanto, los deberes impuestos por el cargo;

2º) ***que el comportamiento violento y el uso de la fuerza, sean necesarios y racionalmente imprescindibles*** para el cumplimiento de la misión que han de desempeñar, distinguiéndose entre una necesidad en abstracto de violencia y una necesidad en ***concreto, esta última equivalente a la determinación de la idoneidad*** del medio utilizado para el cumplimiento del deber, distinción entre ambas clases de necesidad que se refleja en sus efectos, de tal modo que si no existe una necesidad abstracta de recurrir a la fuerza no puede operar la eximente ni como completa ni

1. Principio de habilitación legal

El principio de habilitación legal o de legalidad es consecuencia del mandato constitucional de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE), a que la Administración pública (art. 103.1 CE), aquí la actividad de policía de seguridad, debe someterse. Como ya sabemos –supra III 3.c.–, **sin ley habilitante no existe función pública legítima**. Ello presupone que la disposición administrativa o judicial sea ejecutable y, además, que

como incompleta, mientras que la necesidad concreta, cuando se rebasa la racional legitimidad del medio utilizado aún permite la eficacia de la eximente degradada a efectos sólo atenuantes; y

3º) en el caso de exceso en el uso de la fuerza, cuando hay total falta de necesidad para su utilización, **la extralimitación manifiesta impide la aplicación de la exención en forma tanto completa como incompleta** (S. 15 marzo 1990). La reacción de las fuerzas del orden ha de ser sólo **la racionalmente necesaria y proporcionada para el cumplimiento de sus funciones**, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso (SS. 25 marzo 1992 y 2 julio 1993).

Indiscutidas la condición de agente de la autoridad del procesado, así como también que estaba de servicio y en el ejercicio de la función que legalmente se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –tal como recuerda la combatida– tanto en la propia Constitución en el art. 104.1, como en las Leyes Orgánicas citadas y en el propio art. 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 abril 1985, cuyo tenor habla en las competencias que enumera para los Municipios de «seguridad en lugares públicos». No ofreciendo duda que la situación antijurídica externa en la que se situó el luego fallecido no fue producto de la extralimitación ni abuso del sujeto activo y que existió seria y contumaz resistencia por parte de la víctima, únicamente se plantea discrepancia acerca de la necesidad concreta del uso de la fuerza por parte del acusado (en este caso, de su arma reglamentaria).

Pues bien, esta Sala entiende que, a la vista de la descripción del suceso fijada en la sentencia cuya obligada referencia no es ocioso recordar a estas alturas del discurso, **examinada con el criterio de relatividad que impregna el análisis de cada actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, no resulta ajustada a derecho la aplicación de la meritada eximente en toda su intensidad, si no que procede su estimación como incompleta**.

Es la discordancia **entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado o origina que la eximente opere como incompleta.**” (resaltados añadidos).

lo sea dentro de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico.

A diferencia de lo que, en cambio, sucede en otros ordenamientos, en los que está específica y determinantemente regulado tanto el uso de la coacción directa por parte de la Policía como los medios lícitos a emplear, en Derecho español esta ausente una configuración similar a **nivel legal**; lo cual conduce el problema de la sede de la actuación genérica a la Administración en materia ejecutiva. No obstante, no puede decirse que estemos ante un vacío radical.

El vacío no es radical, pero sí notable. Pese a la remisión reglamentaria que contiene el RA respecto a las previsiones armamentísticas de las fuerzas policiales, éstas son fragmentarias y, en ocasiones, chocantes. Para la Guardia Civil, s. e. u. o., no existe una norma básica que aluda a su dotación armamentística; para el Cuerpo Nacional de Policía, el RD 1384/1987 está más atento a aspectos funcionariales, honoríficos y relativos a la uniformidad que al armamento; en efecto, el único precepto que dedica a esta cuestión, su art. 22³ resulta altamente insignificante. Llama la atención que, pese a la no previsión in concreto de las armas reglamentarias se hable su sustitución por otros medios, igualmente reglamentarios: **todo ello al margen de la Ley**. La LRL carece de cualquier definición al respecto.

La Ley vasca 4/1992 y la Ley catalana 10/1994 tampoco hacen referencia al armamento policial. Únicamente, con ocasión de la celebración La Habana, entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre, del VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, se aprobó unos **Prin-**

3. “Art. 22. Uno.- *Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en las situaciones de servicio activo y segunda actividad con destino, irán provistos obligatoriamente de alguna de las armas que se establezcan como reglamentarias, durante el tiempo que presten servicio, salvo que una causa justificada aconseje lo contrario. Dos.- Cuando la operatividad de los servicios exija el empleo de una mayor protección o acción los funcionarios podrán portar cualquier arma o medio coercitivo cuyo uso esté reglamentariamente establecido. Tres.- Todo el personal deberá conocer, de forma técnica y práctica, la utilización y uso adecuado de las armas y demás medios coercitivos que se empleen en las actuaciones policiales, para lo cual recibirá la formación y entrenamiento precisos*” – resaltado añadido–.

cipio básicos sobre el empleo de la fuerza por los funcionarios de hacer cumplir la Ley, en el que figura un Anexo, cuyo apartado segundo recomienda el empleo de medios no letales siempre que sea posible, de modo que sea posible a los funcionarios policiales hacer un ***uso diferenciado entre empleo de la fuerza y armas de fuego***; en este contexto se mencionan las dotaciones de defensa pasiva de los agentes y el empleo de instrumentos alternativos a las armas de fuego, tales como las armas no letales incapacitantes.

Ahora bien, tal vacío legal no es óbice a que deje de predicarse la existencia de alguna previsión normativa, embrionaria, pero suficientemente indiciaria, de cuál es la línea del ordenamiento jurídico en sede de concreción de líneas más genéricas y poco taxativas. Al margen de lo que se diga más abajo sobre la idoneidad, hay que partir del propio Reglamento de armas, que vincula con su magra regulación también a las fuerzas policiales, configurando así un núcleo duro normativo irreductible. No hay que olvidar que, a tenor del art. 103.1. CE, la Administración pública –y la Policía está inserta en ella (art. 104. 2 CE)– está ligada no sólo a la Ley, sino también al ***Derecho***. Hasta tanto no se pormenorice como sería de desear, en una norma emanada del Poder legislativo, los requisitos en cuestión, los ***principios e instrumentos básicos de actuación*** de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tal como ya reza el art. 104.2 CE, habrán de regir con carácter general los criterios aplicables a la Administración pública; en el bien entendido de que una futura regulación no podrá sino confirmar los principios constitucionales.

De esta suerte, en primer término, no podrán ser armas policiales ni las que se declaran prohibidas⁴ ni las militares, sean

4. Art. 3.

Se entenderá por «armas» y «armas de fuego» reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados o permitidos con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, los objetos que, teniendo en cuenta sus características, grado de peligrosidad y destino o utilización, se enumeran y clasifican en el presente artículo en las siguientes categorías:

1ª categoría:

Armas de fuego cortas: Comprende las pistolas y revólveres.

2ª categoría:

1. Armas de fuego largas para vigilancia y guardería: Son las armas largas que reglamentariamente se determinen por Orden del Ministerio del Interior o mediante decisión adoptada a propuesta o de conformidad con el mismo, como específicas para desempeñar funciones de vigilancia y guardería.

2. Armas de fuego largas rayadas: Se comprenden aquellas armas utilizables para caza mayor. También comprende los cañones estriados adaptables a escopetas de caza, con recámara para cartuchos metálicos, siempre que, en ambos supuestos, no estén clasificadas como armas de guerra.

3ª categoría:

1. Armas de fuego largas rayadas para tipo deportivo, de calibre 5,6 milímetros (22 americano), de percusión anular, bien sean de un disparo, bien de repetición o semiautomáticas.

2. Escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa, o que tengan cañón con rayas para facilitar el plomeo, que los bancos de pruebas reconocidos hayan marcado con punzón de escopeta de caza, no incluidas entre las armas de guerra.

3. Armas accionadas por aire u otro gas comprimido, sean lisas o rayadas, siempre que la energía cinética del proyectil en boca exceda de 24,2 julios.

4ª categoría:

1. Carabinas y pistolas, de tiro semiautomático y de repetición; y revólveres de doble acción, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

2. Carabinas y pistolas, de ánima lisa o rayada, y de un solo tiro, y revólveres de acción simple, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

5ª categoría:

1. Las armas blancas y en general las de hoja cortante o punzante no prohibidas.

2. Los cuchillos o machetes usados por unidades militares o que sean imitación de los mismos.

6ª categoría:

1. Armas de fuego antiguas o históricas, sus reproducciones y asimiladas, conservadas en museos autorizados por el Ministerio de Defensa, si son dependientes de cualquiera de los tres Ejércitos, y por el Ministerio del Interior, en los restantes casos.

2. Las armas de fuego cuyo modelo o cuyo año de fabricación sean anteriores al 1 de enero de 1870, y las reproducciones o réplicas de las mismas, a menos que puedan disparar municiones destinadas a armas de guerra o a armas prohibidas.

La antigüedad será fijada por el Ministerio de Defensa, que aprobará los prototipos o copias de los originales, comunicándolo a la Dirección General de la Guardia Civil.

3. *Las restantes armas de fuego que se conserven por su carácter histórico o artístico, dando cumplimiento a lo prevenido en los artículos 107 y 108 del presente Reglamento.*

4. *En general, las armas de avancarga.*

7ª categoría:

1. *Armas de inyección anestésica capaces de lanzar proyectiles que faciliten la captura o control de animales, anestesiándolos a distancia durante algún tiempo.*

2. *Las ballestas.*

3. *Las armas para lanzar cabos.*

4. *Las armas de sistema «Flobert».*

5. *Los arcos, las armas para lanzar líneas de pesca y los fusiles de pesca submarina que sirvan para disparar flechas o arpones, eficaces para la pesca y para otros fines deportivos.*

6. *Los revólveres o pistolas detonadoras y las pistolas lanzabengalas.*

[SECCION 4ª. Armas prohibidas]

Art. 4.

1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.

b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas.

c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.

d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.

e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto.

f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.

g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas.

h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.

2. No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él.

Art. 5

1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de:

ambas de fuego o de otra índole, así como, en su caso, las mu-

a) Las armas semiautomáticas de las categorías 2^a.2 y 3^a.2, cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara, o cuya culata sea plegable o eliminable.

b) Los «sprays» de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancialmente estupefacientes, tóxicas o corrosivas.

De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los «sprays» de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia.

c) Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares.

d) Los silenciadores aplicables a armas de fuego.

e) La cartuchería con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles correspondientes.

f) Las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles «dum-dum» o de punta hueca, así como los propios proyectiles.

g) Las armas de fuego largas de cañones recortados.

2. Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

Se exceptúan de la prohibición aquellas cuyos modelos hayan sido aprobados previamente por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a la normativa dictada por el Ministerio del Interior.

3. Queda prohibido el uso por particulares de cuchillos, machetes y demás armas blancas que formen parte de armamentos debidamente aprobados por autoridades u organismos competentes. Su venta requerirá la presentación y anotación del documento acreditativo del cargo o condición de las personas con derecho al uso de dichos armamentos.

También se prohíbe la comercialización, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros, medidos desde el reborde o tope del mango hasta el extremo.

No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores, la fabricación y comercialización con intervención de la Guardia Civil, en la forma prevenida en los artículos 12.2 y 106 de este Reglamento, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros.”

niciones de las mismas.⁵ El que el RA no parezca de aplicación directa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no es óbice a tomar como vinculares para lo que aquí nos interesa tal disposición: esa declaración es más aparente que real. En efecto, la declaración del art. 1. 4.⁶ es contradicha por la propia norma; así, por ejemplo, la misma prohibición absoluta de determinadas armas y la regulación en dicha norma de la licencia de armas para los agentes (arts. 115 y 116 RA⁷), disposiciones más

5. *Art. 6. 1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:*

a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros.

b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.

c) Armas de fuego automáticas.

d) Las municiones para las armas indicadas en los apartados a) y b).

e) Los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas en los apartados a) a d), así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres.

f) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales.

g) Las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.

2. Corresponde al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y del Interior, determinar las armas comprendidas en este artículo que pueden ser utilizadas como dotación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

6. *Así: “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Reglamento, y se regirán por la normativa especial dictada al efecto, la adquisición, tenencia y uso de armas, por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Para el desarrollo de sus funciones también quedan excluidos los establecimientos e instalaciones de dichas Fuerzas y Cuerpos”.*

7. *“Art. 115. 1. El personal relacionado en el artículo anterior [art. 114. 1. b) -Guardia Civil-, c) -Cuerpo Nacional de Policía-, d) Policías Autonómicas y Locales- y e) -Servicio de Vigilancia Aduanera-] deberá estar provisto de una guía de pertenencia para cada arma que posea, expedida por las autoridades que designe el Ministerio de Defensa, para el perteneciente a las Fuerzas Armadas; por la Dirección General de la Policía, para el Cuerpo Nacional de Policía, y por la Dirección General de la Guardia Civil, para el personal del Cuerpo de la Guardia Civil, el del Servicio de Vigilancia Aduanera y el de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.*

2. Estas guías de pertenencia se marcarán del siguiente modo:

que prolijas en la materia que dice el RA no entrar. Lo cierto es que el RA, además de hacer remisiones constantes a las zonas que afirma no regular, contempla detalladamente la licencia de armas a, entre otros, los agentes policiales.

Siguiendo en la línea del propio RA queda clara una distinción entre **armas prohibidas absolutamente** y **armas prohibidas relativamente**. Las primeras haría referencia tanto a la interdicción de su tenencia y uso por parte de cualquiera, ya se trate de un particular o de un agente público en el ejercicio de sus funciones; la segunda haría referencia a la prohibición de estar en posesión y/o usar ciertas armas impuesta a los particulares. La prohibición absoluta se encuentra en los arts. 4. 1. b) a h) y 30. 1 RA; la relativa, en los arts. 4. 1 a) y 5 RA. Pero de esta prohibición relativa no supone que con tales armas quepa dotar a las fuerzas policiales; tal sería el caso de

-
- a) Para el Ejército de Tierra: E.T. y numeración correlativa.
 - b) Para la Armada: F.N. y numeración correlativa.
 - c) Para el Ejército del Aire: E.A. y numeración correlativa.
 - d) Para los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas: M. D. y numeración correlativa.
 - e) Para la Guardia Civil: G.C. y numeración correlativa.
 - f) Para el Cuerpo Nacional de Policía: C.N.P. y numeración correlativa.
 - g) Para el personal de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, con las letras PA, una tercera letra específica de cada Comunidad Autónoma y numeración correlativa.
 - h) Para el personal de los Cuerpos de Policía de las Entidades locales, con las letras PL, el número correspondiente a cada Entidad local en el Código Geográfico Nacional y numeración correlativa de las guías.
 - i) Para el Servicio de Vigilancia Aduanera: S.V.A. y numeración correlativa.
- Se extenderán en cartulina blanca y constarán de tres cuerpos, que se separarán, para entregar uno al interesado; otro, que se unirá a su expediente de armas, y otro, que se enviará a la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, para su constancia en el Registro Central de Guías y de Licencias.*

Art. 116. 1. Al personal indicado en el artículo 114, se le abrirán expedientes individuales de armas por las autoridades aludidas en el artículo 115, en los que constarán todos los datos referentes a armas y municiones que posea.

2. El expediente seguirá al interesado en los cambios de destino del mismo, enviándose por la autoridad que lo haya instruido, a la que corresponda.”

las municiones previstas en el art. 5. 1. e) y f), puesto que el efecto abiertamente desproporcionado a los fines de la Policía judicial que puede desplegar una bala dum-dum o explosiva es contrario al art. 15 CE.

Sea como fuere, lo que nunca podría hacerse, recurriendo como recurre el propio normador reglamentario a ulteriores remisiones normativas, a dotar del carácter de armamento policial, esto es, armamento utilizable por la Policía, a instrumentos que contradijeran los propicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, tales como las granadas o las ametralladoras, por ejemplo. A este respecto, es ilustrativo, pro incardinarsen en donde debe, la antigua **Circular de la Dirección de la Seguridad del Estado**, nº 658, de 3-7-1980,⁸ relativa a ciertas armas y a su munición: las escopetas Remington y las postas. En este contexto, si su arma y su munición son definidas como de guerra, resulta algo más que chocante que el art. 6. 2 RA establezca que, de nuevo reglamentariamente (!), **serán listadas las armas de guerra que pueda utilizar la Policía**. Si son de guerra, ¿cómo las puede utilizar la Policía? La razón de que se considere ilegítimo en incasable con el ordenamien-

8. “En relación con la utilización de escopetas policiales ‘Remington’, calibre 12, usando en las mismas cartuchos de postas, comunico a V. I. lo siguiente:

Es evidente que dichas armas, cuando se utilizan con la referida munición, resultan **extraordinariamente peligrosas** en dos sentidos:

a) Disparadas a corta distancia sobre una persona, las heridas que producen el impacto son normalmente de carácter **mortal**.

b) Cuando el disparo se efectúa a distancia, la apertura y **dispersión** de las postas constituyen un peligro para las personas que pudieran estar en las proximidades de aquel contra quien se hace fuego.

Apreciando estas dos circunstancias y considerando lo establecido en nuestras leyes penales, en lo que se refiere al ilegítimo ejercicio de la defensa de las personas, que indica como uno de los requisitos esenciales ‘la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión’; dichas armas, con la referida munición, sólo deberán ser utilizadas cuando una **prudente apreciación** de las circunstancias aconsejen que es el medio más idóneo para obtener esta finalidad de legítima defensa.

Por todo ello, y siempre en lo que se refiere al uso de estas armas y munición contra personas, se tendrán presentes estas instrucciones; y por tanto, se considerarán nulas las impartidas en escrito de la entonces Inspección General de Personal y Servicios, de diciembre de 1976” (resaltado añadido).

to jurídico el que armas militares quepa emplearlas en operaciones policiales estriba en que, como se verá, no son idóneas para tales misiones.

Esta relativa incertidumbre estriba en que el plano legal se carece de la suficiente delimitación conceptual. Es bien cierto que la LOFCS habla de principios; pero no contiene listado concreto de medios y medidas como en otros sistemas jurídicos. El RD 1484/1987, de aplicación al Cuerpo de la Policía Nacional, en su art. 22.1 no añade nada nuevo; se limita a una nueva revisión normativa y a recordar lo existente.

Para lo que aquí interesa, reténgase, pues, que toda injerencia de la Administración pública requiere: i) **su cobertura legal** expresa, sin ella no puede hablarse de habilitación legal para actuar (STS 23.2 y 17.5 1988); e ii) ya que no existe una descripción de los **medios** materiales a utilizar según los diversos casos, el **límite** de su actuación vendrá dado por el respeto de la **dignidad de la persona** [arts. 10 CE, 100. 1 LPA y 5. 1. c) y 5. 3. b) LOFCS; más vagamente, arts. 30. 1 L 4/1992 -País Vasco-; 11. 3º a) L 10/1994 -Cataluña-].

2. Principio de idoneidad

Bajo esta rúbrica se entiende que, de entre los diversos medios que la Ley reconoce como aplicables en sede de ejecución, habrá que elegir el que para cada situación se demuestre como más indicado. En efecto, la LPA, en su art. 96. 1. D) prevé, entre otros medios, la **compulsión sobre las personas**, pero este método está sujeto a que **así lo prevea una Ley formal** (art. 100. 1 LPA), hoy, a mayor abundamiento, orgánica; además, si está previsto otro medio, previsión que lo hace menos lesivo por definición, a éste habrá que recurrir (art. 96. 2 LPA)⁹.

9. Ello, por otra parte, se plasma es que sólo los actos personalísimos de no hacer o soportar son ejecutables mediante compulsión sobre las personas (arts. 98. 1 y 99. 1 LPA). Quedan, así, fuera de este tipo de ejecución los apremios patrimoniales (art. 97 LPA), la ejecución de obligaciones de hacer (art. 100. 2 LPA) o cuando otra persona pueda ejecutar la resolución [art. 99. 1 c) LPA].

Los parámetros que nos depara la ejecución administrativa, pues es la elaboración legal más acabada en nuestra materia, han de servir de guía

La LOPSC, sorpresivamente, calla a este respecto; únicamente alude, genéricamente, en varios pasajes a la adopción de **medidas estrictamente necesarias** (art. 14 LOPSC), **medidas necesarias** (art. 16. 2 LOPSC), o a que, cuando haya que proceder a una disolución, ésta se lleva a cabo **en la forma que menos perjudique** (art. 16. 2 LOPSC).

Este silencio expreso, desde luego *pacato*,¹⁰ promueve circunloquios. Ello no hace más que recordar la legislación derogada (art. 13 LOP); en efecto, esta normativa aludía a que los agentes debían actuar de acuerdo a su **prudente arbitrio**. Tanto la normativa vigente como la anterior **no implican una total libertad**, sino que nos hallamos ante un **concepto jurídico indeterminado**, que ha de ser concretizado para cada grupo de supuestos, siendo una sola la solución satisfactoria para cada grupo del caso; es decir, '*prudente arbitrio*' no significa ni arbitrariedad ni desligarse el agente de los principios básicos de actuación. Ello exige un **permanente examen de la idoneidad** de los medios a emplear en vista de la situación sobre la que ha de actuarse. La LOFCS en su art. 5. 2. c), a la que siguen las leyes vasca [L 4/1992: art. 34.1) y catalana [L 10/1994: art. 11. 3º d)] habla del principio de congruencia en este contexto; la

en el sentido de que la vis física está plena y, en ocasiones, dramática, pero necesariamente, presente.

10. Es entendible con dificultad la ausencia de mención alguna a la coacción física en una Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, que, por otro lado, fue tan polémica por su sesgado y unilateral enfoque, enfoque, que, por si fuera poco, en su parte más significativa, fue censurado por la STC 341/1993. Sigue siendo un auténtico dislate que el legislador, en temas como el que nos ocupa, opere con tan poca perspicacia como menos coraje político y, en cambio, se refugie en circunloquios y sobreentendidos que, en materias de libertades públicas y muy especialmente en lo tocante a la vida, integridad física y moral y la libertad ambulatoria, no debería prestarse en absoluto a confusiones.

jurisprudencia, por su parte, de violencia en abstracto (SSTS 9.12.1986, 24.6.1988, 30-6-1993,¹¹ 14-2-1997¹²).

El principio de idoneidad requiere, como mínimo, tres condicionantes previos. En primer término es necesario que el ***instrumento que se vaya a utilizar sea idóneo ex ante para la función policial***. En materia de armas de fuego ha de dejarse dicho de modo inequívoco que el armamento que se utilice por parte de la Policía ha de ser propio de su función y no de otras funciones. En efecto, ha de ser traída a aquí a colación la ***distinción entre armamento policial y armamento militar***. Nuestro Derecho no contiene, como hemos visto, en la ***esfera legal***, pese a así requerirlo la protección del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, una descripción de las armas con las que es lícito dotar a la Policía. Dígase aquí que, por respeto a ese derecho fundamental, el armamento policial debe revestir la ***máxima precisión***; precisión de la que carecen, por ejemplo, las ametralladoras y granadas. Así es: el armamento militar está pensado para añadir la máxima capacidad de destrucción, incluso de forma indiscriminada, dado

11. Esta resolución contempla el caso en que un cabo de la policía nacional hiere de muerte a dos de sus compañeros y abate al presunto delincuente. El pasaje relevante de esta resolución es como sigue:

“Lo que no cabe apreciar –dado el conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso– es la «necesidad concreta» [la idoneidad del texto] de usar las armas en el momento preciso que lo hizo el acusado, por las razones expuestas en el anterior Fundamento Jurídico (la primera reacción del delincuente fue la de huir; luego, al ser sujetado por el hombre por el Cabo, forcejeó con éste para desasirse, y, aunque en el forcejeo pretendía coger el revólver que llevaba a la cintura, en aquellos momentos, se hallaban próximos al punto de forcejeo, además del acusado, otros dos Policías, y el lugar estaba lleno de obstáculos –mesas y sillas–, era reducido –la terraza de un restaurante– y se encontraban allí otras personas –los acompañantes del delincuente, dos clientes y un camarero, al menos–).” (resaltados añadidos).
12. En este supuesto, los hechos derivan de que un policía franco de servicio, tras recriminar a unos jóvenes por tirar piedras y botellas a un árbol para recuperar una pelota, no haciéndole éstos caso, el agente, franco de servicio golpea a uno de ellos con su arma en la cabeza y al otro lo hiere de un disparo; además, los dos jóvenes fueron detenidos por la Policía, aunque puestos al día siguiente en libertad sin cargos. La resolución aprecia la inadecuación del comportamiento del agente a los parámetros enunciados.

que en frente los militares tiene enemigo. En cambio, la Policía tiene en frente, aun el caso de sujetos remisos a su actuación, a **ciudadanos** individuales en plenitud de derechos. De ahí que su armamento deba, pese a capacidades letales últimas, permitir la máxima individualización del objetivo y la graduación en su aplicación.

Una vez determinada esta idoneidad policial, en segundo lugar, se presenta un nuevo requisito: haber practicado un **apercebimiento previo** a la ejecución (art. 95 LPA) o, como, para supuestos de protección ciudadana, señala la LOPSC (art. 17) y el CP (arts. 449, 579), que hayan tenido lugar con anterioridad al empleo de la coacción directa las **intimaciones** de rigor. En fin y en último lugar, el agente ha de poseer en cualquier caso el **dominio**¹³ del instrumento en cuestión (art. 22.2

13. Sin dominio del medio suele producirse una tragedia. Por ello yerra una vez más la STS 24-3-1993; valga la transcripción de sus pasajes fácticos esenciales, así como la valoración que de los mismos hace:

“SEGUNDO.- (...) También nos dice la narración fáctica que era las 3,30 de la madrugada y que al llegar al comercio en cuestión comprobaron los Policías que se había fracturado la puerta y que su interior estaba revuelto, es decir que se hallaban ante un caso de flagrante delito; entraron dos miembros de la dotación, yendo un tercero a recoger la linterna pues el local estaba a oscuras.

En tales circunstancias es obvio que el empuñar el arma reglamentaria montada era precaución elemental y dentro del deber exigido por la índole del servicio, pues lo imprudente fuera no hacerlo así, tanto por razones de defensa como para asegurar la eficacia frente a los eventuales autores de la fractura, cuyo número y medios de acción potencial eran una incógnita. No hay pues imprudencia alguna inicial en ese preparativo.

*Posteriormente, lograron iluminar el establecimiento y observaron que al final de un pasillo había alguien que en tales circunstancias tenía que ser tomado en principio por presunto delincuente. Este salió al fin de su escondite sin ostentar armas (pero sin que a priori pudiera descartarse tuviera); sin embargo, **al conminarle se pusiera contra la pared para cachearle reaccionó el intruso contra el Policía recurrente que iba a registrarle y, para ello, sostenía el arma con la mano izquierda (naturalmente menos diestra en el control de sus mecanismos de disparo)** y aquél a éste «le arrojó un bote que, al parecer, contenía amoníaco, forcejeando con el mismo» es decir, resistiéndose activa y agresivamente al agente de la Autoridad, y entonces «produciéndose un disparo del arma que llevaba en la mano».*

(...)

TERCERO.- La única precaución que echa en falta la fundamentación de instancia es que no debió haberse llevado la pistola amartillada, porque

RD 1484/1987). *Sin instrumento policial, sin apercibimiento y sin dominio no puede hablarse de que la coacción sea idónea.* Tal es el caso de rociar el rostro de un sujeto con un spray paralizante a muy corta distancia, lo que le produjo unas lesiones innecesarias, debido al deficiente manejo del instrumento defensivo (STS 31-1-1995).

3. Principio de necesidad

En este inciso hay que señalar que aunque un medio resulte idóneo no por ello se predica su necesidad; es decir, no ha de quedar otra alternativa para la ejecución o coacción. No se trata de un emparejamiento entre la ejecución coactiva, vía ejercicio del cargo –o cumplimiento de un deber– y la legítima defensa, pues esta eximente supone la necesidad del medio de defensa ante un ataque ilegítimo y en la actuación policial el ataque no es un presupuesto indispensable de actuación, aunque éste quepa darse; es más: el ataque puede o no existir o no ser de los susceptibles de defensa en legítima defensa o haber finalizado cuando se produce la actuación reparadora, con lo cual queda excluida la posibilidad de echar mano de aquélla.¹⁴

entonces hubiera hecho falta mayor presión, pero, aparte de olvidar que en este supuesto también hubiera hecho falta la colaboración de la mano derecha, lo que imposibilitaba el registro y retrasaba peligrosamente la posibilidad de su uso llegado el caso necesario, se olvida que al entrar ya estaba justificado el aprestar el arma. Exigir en esos momentos, como se dice en un pasaje de los fundamentos que motivan la sentencia, la exclusión a priori del arma de fuego y que, pese a la resistencia del detenido, tengan los Policías que reducir a sus agresores sin usar sus armas, aun exponiéndose a «resultados lesivos para su integridad física de los agentes de la autoridad» (sic) resulta una afirmación dogmática exagerada, apartada de las necesidades prácticas de la realidad actual de enfrentamiento con una delincuencia cada vez más numerosa y más crecida, abusando de las garantías del estado de derecho (...)” (resaltados añadidos).

De haber actuado conjuntamente con su compañero y haber esperado registrar al detenido hasta ese momento, éste no se hubiera vuelto contra el agente, agente que en ningún momento fue dueño de la situación.

14. La STS 13-5-1996, tras calificar de cinematográfica una persecución policial, consideró que el agente, al disparar como lo hizo sobre el perseguido incumplió sus deberes, excediéndose, aunque aprecia, con generosidad excesiva, la aplicación de la eximente incompleta. Concluye así, dicha resolución la segunda mitad de su f. j. 2:

“En definitiva, entendemos que hubo extralimitación en el uso del medio empleado para detener al oponente. Este medio fue el disparo que alcanzó al presunto delincuente produciéndole la muerte.

Llegados a este punto necesariamente hemos de retrotraernos a la concreta situación para justificar la apreciación del exceso referido. Bien es cierto que el funcionario policial se encontraba ante una situación de contumaz resistencia, que, aunque difícil de resolver no ofrecía -en el preciso instante en que se produce la reacción armada- peligro cierto y grave para su vida o integridad física. El único disparo que se efectúa en ese momento no lo fue con una trayectoria meramente intimidatoria, sino a corta distancia y dirigido a una zona vital del organismo.

Tal resumen fáctico se reconduce a la fase final del incidente, lo que implica un ajuste valorativo que, sin hacer alteración de los hechos antecedentes en lo que se refiere al comportamiento del fallecido y su acompañante y al de las fuerzas del orden, las cuales tienen genuina consideración a los efectos de evaluar adecuadamente el desenlace del suceso, debe centrar, sin embargo, su específica atención a esa escena final.

De ahí que el escrupuloso respeto al «factum» -dada la gravedad que entraña la matización exigida por la dialéctica casacional abierta-vaya aquí acompañado, si cabe, de una mayor exigencia, lo que conlleva la incorporación por vía integradora de lo que es estricto relato fáctico con el complemento de todos aquellos extremos o datos de naturaleza objetiva que, aun ubicados en lugar inadecuado de la resolución recurrida, aportan detalles descriptivos relativos a las posiciones ocupadas por el autor de los disparos y la víctima, condiciones en que aquéllos se encontraban, distancia a que se produjo el disparo o a la trayectoria del proyectil. Así, en el fundamento jurídico primero de la combatida se dice: «el conductor sentado de forma incorrecta y con gran parte de su tronco fuera del vehículo (por efecto del rebote del choque y ausencia de puerta que estaba completamente abierta) intentaba aturrido (por efecto de colisiones previas con Volkswagen, isleta y esta misma) retomar, incurso en la trayectoria de la bala, el dominio del vehículo, haciéndolo girar hacia la izquierda» y en el fundamento jurídico tercero se afirma en referencia al disparo «a cinco metros de distancia aproximadamente desde su ángulo oblicuo y atrasado». Tales precisiones permiten concluir que la intensidad de la reacción armada desplegada por el agente de la autoridad en dichas circunstancias y con el resultado letal producido sobrepasa los límites de tolerancia que enmarcan la operatividad de la causa de justificación dando lugar a una situación de exceso en base a no estar acreditada la necesidad del medio extremo utilizado, que impide hablar de exención plena de responsabilidad y posibilidad, sin embargo y a lo sumo, la inclusión del supuesto dentro de la eximente incompleta del art. 9.1 [ahora, art. 21, 1ª] en relación con el art. 8.11 del Código Penal [ahora 20, 7º].

Dicha conclusión se refuerza definitivamente con el pasaje del apartado quinto del «factum» en el que se afirma que «el agente procesado desde el suelo, en posición algo retrasada y oblicua a donde se encontraba el Opel Kadett, sabiéndose solo, y en la necesidad y obligación de impedir aque-

4. Principio de proporcionalidad

Junto al de habilitación, éste es el principio básico de actuación de actuación de la actividad policial [arts. 96. 2 LPA, 5.2 c) LOFCS, 34. 1 L 4/1992 -País Vasco-, 11. 3º d) -Cataluña-]. Expresiones tales como ‘uso de las armas cuando las palabras no sean suficientes’¹⁵ han de ser objeto de una profunda reflexión. En ningún caso están de acuerdo literalmente interpretadas ni con la Constitución (art. 103.1 CE) ni con los preceptos aplicables y formulados por el art. 5 LOFCS y sus correlatos vasco y catalán. Cualquier norma, **rectamente interpretada**, es decir, inequívocamente conforme a la Constitución, deja de plantear problemas jurídicos de relieve; los modos personales e instituciones pueden, en cambio, ser mucho más resistentes a la innovación. La **rutina**, como siempre, es uno de los grandes enemigos a batir.

*lla peligrosísima carrera que adivinaba volvía a iniciarse», pues **tal fragmento fáctico evidencia que el disparo intencionalmente efectuado no respondió a una situación de grave compromiso para la vida del policía -en cuyo caso sí estaría plenamente justificada su acción- sino que sirvió para resolver definitiva y luctuosamente una tan peligrosa como frustrante persecución policial que, aun cuando tuvo a lo largo de su desarrollo momentos de mayor riesgo, se mantuvo hasta esa secuencia final dentro de márgenes aceptables de irreprochable comportamiento profesional.***

La valoración global de la situación en la que se ha prescindido de graduaciones matemáticas para la fijación de módulos de proporcionalidad y está ayuna de disgresiones abstractas, mantiene, no obstante la distancia que preside su análisis posterior, una consideración especial de las circunstancias de grave tensión generadas por la peligrosa contundencia y resistente actitud de quien -como el fallecido con desprecio de los bienes y la integridad física ajena dio lugar a tan penoso desenlace. De ahí que se dote de específica virtualidad a dicha individualizada ponderación -en la que no está ausente la visión subjetiva que el agente de la autoridad elaboró a la vista de dichas circunstancias- a la hora de la determinación penológica” (resaltados añadidos).

15. El art. 7 del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil (14-5-1943), aprobado por Orden Ministerial. El art. 15 del mismo Reglamento (“cuando las necesidades del servicio lo exigiesen”) es aún más demoledor; con todo, el art. 60 muestra un cierto respeto por el principio de proporcionalidad. Estos **preceptos están radicalmente derogados por la normativa superior y posterior** (CE, LECr, LPA, LOFCS).

El principio de proporcionalidad se erige así en criterio decisivo de toda la actuación policíaca (entre otras muchas, SSTS 2-7-1987, 23-2 y 17-5-1988, 6-11-1992, 17-2-1997). De tal principio se deduce el criterio de que la ***injerencia coactiva ha de ser lo menos lesiva posible***. Es decir, habilitada legalmente la fuerza actuante, y determinada la idoneidad y necesidad del recurso material a emplear, ha de procederse a la ponderación de ***bienes en juego***, por lo que la lesión o puesta en peligro de dichos bienes ***no ha de ser mayor*** que la del restablecimiento de la situación o que la remoción de las cosas a su estado anterior a la perturbación motivadora de la coacción estatal. Cualificados sectores doctrinales han afirmado con razón, que el principio de proporcionalidad es una exigencia del Estado ***democrático*** de Derecho; es decir, del Estado, que no se contenta con declaraciones formales mínimas, sino del Estado, que busca la efectiva realización de los postulados jurídico-políticos que le animan.

Pero, además, no se vería la razón por la que el Estado, en el ejercicio de una de sus funciones, la penal, haya de sujetarse al principio de proporcionalidad, y no debería hacerlo, o no hacerlo en igual medida, en la coactiva, y más concretamente en la policial, siendo como es el ***principio de proporcionalidad un principio rector de todo el ordenamiento jurídico***. Si este principio preside el ius puniendi como límite máximo al poder subjetivo del Estado, tanto a la hora de establecer las penas como las medidas de seguridad, no parece lógico que quepa olvidarlo en otros sectores de la actividad de los poderes públicos, actividad, que, como el que aquí nos ocupa, a la vista de la propia exigencia de la reacción, está revestida en su ***realización*** –que no en su ponderación jurisdiccional final– de menores garantías. Proporcionalidad que hay que exigir siendo, como pueden ser y en ocasiones son, los resultados de ambas actividades –la penal y la policíaca– de idéntica magnitud, sino mayores los de esta última.

Tal falta de limitación de adecuación, en contra de la vigente LOFCS, llevaría a primar la acción directa sobre la más ponderada y garantista, que es la que corresponde a un Estado ***democrático*** de Derecho. De esta suerte se derogaría de hecho toda la función punitiva, en tanto que legislativa y jurisdiccio-

nal, transmutándola en policial, sujeta únicamente al principio de oportunidad, amparado, como ciertos sectores doctrinales proponen, en una pretendida cláusula habilitadora general de orden público.

La cuestión no es baladí y tiene, en los resultados, fuertes opositores. Por ello hay que rechazar categóricamente ciertas elucubraciones cuando combaten el principio de proporcionalidad. Para algunos, cuando la Policía actúa en supuestos de legítima defensa propia o de terceros, no actúa como policía. Su derecho nace de la agresión ilegítima. Pero se olvida que ésa es precisamente la misión última de la Policía: actuar en defensa de los particulares y del orden público. Con lo cual, de aceptar las argumentaciones combatidas, la función policial quedaría diluida, dado que actuaría siempre al amparo del Derecho penal.

5. Adecuación a las circunstancias del hecho

Los **estándares**, que anteceden y que se han reiterado hasta la saciedad a lo largo de la presente obra, son **irrenunciables**; esto es un punto que debe quedar **meridianamente claro**. Ello no quiere decir, ni se puede pretender que así se afirme, que los agentes de policía sean unos autómatas. Salvo **el principio de habilitación legal, los demás estándares son modulables en función de las circunstancias del hecho**, que pueden variar radicalmente de uno a otro; **modulación que no significa ni puede ser entendida como desaparición o renuncia**. Pueden variar el comportamiento violento o taimado del sujeto a desactivar, el número de los mimos y el de agentes, la diferencia de dotación armamentística, la mayor o menor experiencia, **superado claro está el dintel irrenunciable del dominio en concreto del medio a utilizar**; en fin, una multiplicidad de factores, de los que hay que excluir los emocionales, han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar las conductas lesivas de los agentes y concluir si su comportamiento ha sido plenamente ajustado a Derecho, sólo parcial o totalmente ajeno a lo que de ellos se demanda.

Por ello, los supuestos de hecho serán decisivos. En este contexto es de interés transcribir las líneas finales de la STS 5-7-1995. Así:

El recurso pone su acento en el requisito de la proporcionalidad de los medios, pero cuando procede a dotar de base argumentativa a su alegación se ve forzado a poner en entredicho que la víctima apuntara con el arma de fuego al Policía municipal, aunque advierte el agravio que resultaría para la intangibilidad del relato judicial. La acción homicida ha de ponerse en relación con el episodio final del suceso, no con los hechos originarios, y dicha secuencia terminal refiere el momento en que la víctima, apresada por el acusado en el primer tramo de la escalera de la vivienda, porta una navaja abierta sin advertencia de su aprehensor, y al tratar de desarmarle caen el policía I. y el detenido al suelo en mutuo forcejeo, logrando desasirse este último al intentar ponerle los grilletes, circunstancia que aprovechó para desplazar de una patada al acusado V., entrando nuevamente en lucha con I. y, al caer al suelo su revólver por efecto de un brusco movimiento, consigue apoderarse del arma, dirigiéndola hacia el tórax de su oponente que, agarrándose al cañón, trató de desviarla desesperadamente; en este trance, el policía V. sacó su revólver reglamentario y, después de conminar repetidamente al agresor para que soltara el arma que empuñaba, presintiendo por la actitud de Juan-Alberto que podría accionar el gatillo en cualquier momento, se anticipó a su acción y desde corta distancia hizo un disparo hacia su cuerpo con impacto en el tercio superior del antebrazo izquierdo, pero el proyectil siguió después una trayectoria insólita,¹⁶ atravesando tráquea y paquetes vasculares adyacentes, produciéndole la muerte.

El suceso ocurría de noche, en un ***lugar de mala iluminación, con intermitencias provocadas por el temporizador de la escalera, con la tensión ambiental de fami-***

16. Aquí, además, se da una falta de imputación objetiva que, en buena lógica, amén de propiciar igualmente la absolución del policía acusado, debería de haber sido aducida por la resolución.

liares y vecinos en actitudes hostiles y airadas hacia los policías, y frente a un sujeto, demudado y de faz desencajada por los avatares del suceso, portador, en un primer momento, de un arma blanca en disposición de uso, que logró apoderarse del revólver del agente policial dirigiéndole hacia su tórax sin prestar oídos a las repetidas admoniciones del acusado para que soltara el arma. Es llano que la situación descrita era de riesgo gravísimo para un tercero, compañero en la acción policial, y el disparo del revólver por el acusado fue una medida adecuada, en una consideración subjetiva y objetiva de los acontecimientos.

La necesidad del uso de la violencia, en sentido abstracto, no la pone siquiera en duda el recurrente, y la proporcionalidad del medio resulta, sin gran esfuerzo deductivo, de la simple descripción de los hechos, ya que la situación de riesgo creada no parecía tener, en las circunstancias descritas, una solución menos lesiva. Debe ratificarse, por ende, la aplicación de la causa justificante prevista en el artículo 8.11.º [ahora 21, 7º] del Código que ha hecho correctamente la sentencia recurrida, porque sus rigurosos condicionamientos se han dado en este caso, lo que conduce a la desestimación del motivo interpuesto [por la acusación particular].” (resaltados añadidos).

Por estas mismas razones, no es necesario acudir a la utilización de las defensas reglamentarias rígidas, propinando golpes a un sujeto desobediente, si, ante tal contumacia se expresaba sólo con palabras o gestos, sin llegar en momento alguno a la agresión y menos al peligro para la indemnidad ni del agente ni de su función (en contra, STS 4-11-1994).

C. La llamada subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad

Si bien es cierto que desde el punto de vista de su ***aplicación práctica*** los principios acabados de exponer bordean el área de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante (auxilio necesario), ***no hay motivos para su confusión***. Tan rotunda conclusión parece deducirse cabalmente tanto del ordenamiento constitucional como administrativo y penal. Un am-

plio sector doctrinal se agrupa en torno a la expresión **subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad**, en cuya virtud, y amparándose en la literalidad de la normativa reguladora de la coacción directa, se sostiene que sus prescripciones rigen “*sin perjuicio de lo dispuesto en otras ramas legales*”¹⁷ y afirma este sector que tanto la legítima defensa como el estado de necesidad (justificante) amparan en su actuación a los miembros de los cuerpos de seguridad. Para sustentar sus afirmaciones se acude a una serie de argumentos, como son;

- i) El **literal**: es significativo que las leyes reguladoras de la actividad policial y de la coacción directa dejen abierto el acceso a tales institutos, singularmente para el uso de armas de fuego, pues no se efectúa prohibición alguna; antes al contrario, parecen efectuarse remisiones más o menos explícitas;
- ii) El **sistemático**: negar el uso de la legítima defensa propia o de terceros y del estado de necesidad justificante a los funcionarios de policía supone situarlos en una posición comparativamente inferior en cuanto a sus posibilidades de defensa en relación al resto de ciudadanos, olvidándose el hecho de que los primeros **también** son ciudadanos;
- iii) La **Convención Europea de Derechos Humanos**: no se prohíbe en el art. 2, que ratifica el derecho inalienable de toda persona a la vida, la muerte con ocasión de la defensa de otra persona injustamente amenazada.

17. Algo parecido sostiene la STS 24-3-1992 cuando afirma “**no se puede llegar hasta negar a dichos agentes su derecho a la defensa proporcionada**”. si la defensa es proporcionada, no es defensa en el sentido del CP; en tal caso, si prima la proporción, la alusión a la defensa huelga. Más bien parece pretenderse crear una tercera categoría para los agentes policiales: la defensa proporcionada (!). Aunque muy incorrectamente, el art. 5. 2 d) LOFCS pudiera dar pie para ello, tal entendimiento es un **dislate**: quebraría el **mandato de proporcionalidad al que sin restricciones están sometidos los poderes públicos**, tal como se expresa en el texto. Sea como fuere, esta resolución llega a afirmar que, incluso, la dicción del mencionado precepto no era de aplicación a la fecha de los hechos (!). De otra opinión, más acorde con el diseño de las instituciones que manejamos, es la STS 30-6-1993, que declara preferente la eximente del ejercicio del cargo a la de la legítima defensa.

D. Toma de posición

Contra tales afirmaciones, el sector doctrinal opuesto contradice a lo anterior con las siguientes argumentaciones:

1. *La reserva de Ley*

La privación de los derechos fundamentales de la persona, y la vida—cuestión última que se debate— lo es, está regulada, a tenor de la Constitución, por Ley. Así, en la constelación que nos ocupa, el **critério** básico que ofrece la legislación, según una gráfica expresión, es **dejar fuera de combate** al agresor o delincuente, pero no permite su liquidación física. Y la cláusula general de apoderamiento para la actividad policial, entendida como de orden público, supone dejar sin efecto todo el sistema normativo de actuación tasada del Estado, si éste lo ha de ser de Derecho. Se trata de un problema que ha de resolver —o ha resuelto ya— el legislador, no la Administración. En suma, aceptar que para la consecución de ciertos fines la Administración (policial) pudiera vulnerar la reserva de Ley, supondría que ya no serían los organismos legislativos, sino los aplicadores del Derecho, quienes decidieran bajo qué presupuestos cabe entrometerse en la esfera individual del ciudadano. Al principio “**ninguna pena sin ley**” **corresponde, con similares implicaciones, el de “ninguna injerencia sin Ley”**. No cabe, pues, admitir excepciones a tales postulados, habiéndose de considerar como **exclusiva y excluyente** la normativa legal habilitadora para las injerencias estatales en el ámbito de la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano.

2. *Proporcionalidad administrativa versus legítima defensa penal*

Contra el argumento aquí denominado **sistemático** se opone que no se coloca en peor situación al agente de policía por negarle la defensa propia o de terceros, sino que, precisamente por hacer de la **defensa de terceros su profesión y su deber**, está en posesión de medios y conocimientos muy superiores a los de los particulares, lo que tiene como consecuencia que su operatividad sea mucho más efectiva, y así debe serle exigido. Llama la atención el hecho de que si se consideran en vigor

los derechos de defensa y necesidad para los funcionarios de policía, éstos dejarán de estar sujetos al principio de proporcionalidad y, pese a que el arma de fuego les es proporcionada por el Estado, actuarían como particulares; lo cual es un **contrasentido** flagrante. Por ello, la actuación policial es siempre actuación imputable al Estado –u órgano público de quien dependa el funcionario–, **no pudiendo actuar el policía en tanto que representante de aquél (o aquél otro) como particular**. Es más, cabe añadir: si el ciudadano en concreto tuviera esos mismos conocimientos y medios especiales, habría que afinar mucho a la hora de apreciarle la eventual legítima defensa, debiéndose ponderar la adecuación de la necesidad racional del medio defensivo empleado. No procede olvidar, además, que en muchísimas ocasiones la acción policial tiene lugar cuando ya ha **cesado** la agresión legítima, singularmente en el supuesto de la fuga –sobre lo que habrá que volver más abajo E) 1b)–, lo que impide, en cualquier caso, la aplicación de la legítima defensa, ya que ésta requiere una **agresión actual**.¹⁸

18. Incorrectamente, reflejando un extendido, pero no mayoritario parecer, cfr. STS 20-10-1993, cuyo f. j. cuarto, entre otrasocas, señala:

“Se razona en el motivo que falta el acometimiento grave, el acometimiento físico y la proporcionalidad y racionalidad del medio defensivo empleado. Entiende además que el uso de las armas por las Fuerzas del Orden Público se encajan en la exigente del núm. 11 del art. 8.º del Código Penal [ahora 20, 7º CP-95].

La vía casacional emprendida exige un respeto absoluto al hecho probado, que debe permanecer inalterable, y él nos describe cómo dos jóvenes esgrimiendo una pistola y una navaja de 11 centímetros penetran en un Restaurante, echan a continuación la persiana metálica y amenazan a empleados y clientes, obligándoles a entregar cuanto tuvieran de valor, en dicho momento y por haber recibido de su emisora el aviso de que se estaba allí cometiendo un atraco, levantan la persiana metálica y penetran en el interior del local e identificándose al grito de ¡Policía! y los presentes alertaron a los funcionarios policiales de ir armados los atracadores. En tal momento “José Luis P., que llevaba abierta la navaja... se dirigió hacia el procesado, quien tras gritar por dos veces la palabra ¡alto!, sintiéndose en grave peligro para su vida y con intención de neutralizar la acción del atracador, al tiempo que daba un salto evasivo hacia atrás, efectuó un disparo asiendo con las dos armas el arma reglamentaria, y a una distancia de unos noventa centímetros...”.

Se dan todos los requisitos para la apreciación de la circunstancia de legítima defensa. (...)

Concorre asimismo la *necessitas defensionis*, recogida en la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala que se traduce en el requisito legal de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler tal agresión, que está conectada con la agresión ilegítima, naciendo de ésta la realidad de un riesgo para la esfera jurídica ajena y, en tanto subsistente, puede hablarse de un estado de defensa que haga viable la fundada invocación de tal causa justificativa -Sentencias, por todas, de 29 abril y 5 julio 1988, 5-4-1989, 2 abril y 22 octubre 1990, 15-10-1991, 3-4-1992, 30-3-1993-.

Este requisito de la racionalidad del medio empleado para repeler o impedir la agresión ha de efectuarse de un modo flexible y con atención en los criterios derivados de la experiencia común y con atención específica en las circunstancias concurrentes en el caso. **La proporcionalidad entre el ataque y la defensa, de naturaleza menos estricta que la exigida en el estado de necesidad, pues la eximente de legítima defensa no contiene una concreta exigencia de proporcionalidad** -S. 10-6-1992- y no debe medirse por la semejanza material de instrumentos o armas utilizadas, sino sobre la efectiva situación en que se encuentren agresor y agredido -S. 5-6-1992-. La necesidad racional del medio empleado se debe establecer objetivamente ex ante, es decir en el momento de la realización de la acción defensiva -S. 23-10-1991-” (...).

Finalmente, con referencia al punto siguiente relativo a que el órgano a quo no debió haber apreciado la eximente de legítima defensa, por entender que a los agentes policiales debe aplicárseles la eximente de cumplimiento de un deber -circunstancia 11.ª del art. 8.º del Código Penal [ahora art. 20, 7º CP-95]- aunque, a juicio del recurrente como incompleta, **no precisa mayor comentario, pues la Sala de instancia apreció las dos causas de exención de responsabilidad criminal.**

Ambas circunstancias pueden ser compatibles y concurrentes, pues otra cosa significaría excluir una eximente de carácter universal cual es la de legítima defensa a los miembros de las fuerzas del Orden Público, **haciéndoles de peor condición que los demás ciudadanos y con grave conculcación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española.**

En todo caso y aunque se admitiera a efectos puramente dialécticos y discursivos que no fuera aplicable la eximente de legítima defensa a los policías, cosa que desde luego, por absurda niega esta Sala, a nada conduciría el motivo pues siempre concurriría la eximente completa de cumplimiento del deber, porque concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad del uso de las armas. Efectivamente, el medio empleado es el idóneo para el cumplimiento de la función encomendada en atención a las circunstancias concurrentes de protección a las personas -S. 5-7-1985- existiendo la necesidad en abstracto del medio empleado lo que hace que opere como eximente completa -Sentencias, por todas, de 9-12-1986, 2-7-1987, 19-4-1988- debiendo apreciarse por la grave resistencia interpuesta por la víctima -SS. 23 febrero y 19 abril 1988-. Ello resulta coincidente, por otra parte, con cuanto expresa el art. 5.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existiendo riesgo grave para la vida, debiendo actuarse con la decisión necesaria y sin

Dar por buena, por otra parte, la posibilidad de la subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad supone, por un lado, aceptar una reserva mental del funcionario: cuándo actúa **sometido a su Derecho específico** y regulador y cuándo actúa **sometido a Derecho penal**. Ello comporta, por otro, la derogación de las disposiciones relativas al empleo de la coacción directa y del uso de las armas de fuego singularmente: **no se sabe cuándo el funcionario actuaría ‘administrativamente’ o cuándo lo haría “penalmente”**; ni ex ante ni ex post cabe discernir tal extremo. Es decir, no podría averiguarse el régimen al que va a someterse el funcionario ni al ir a actuar ni con posterioridad a su actuación.

Además, **no se puede hablar tampoco de estado de necesidad en favor del Estado mismo**, ya que el Derecho administrativo es un Derecho especial de un determinado sujeto, la Administración, carácter que no posee el Derecho penal; no hace falta, para nada, acudir al estado de necesidad, y si se utilizan las causas de justificación del ejercicio del cargo o de obediencia debida, lo son tras el examen de los principios reguladores de la normativa administrativo-policial no por mor del Derecho penal **per se**. Si se continuara por el camino aquí criticado, habría que concluir que las normas que contemplan los supuestos de defensa extraordinaria del Estado (estados de alarma, excepción y sitio o las disposiciones relativas a las bandas armadas) serían superfluas, puesto que se podría recurrir directamente al estado de necesidad. En suma, para la actividad del Ejecutivo frente al ciudadano, el autoauxilio o la legítima defensa son categorías impropias. Y mucho menos admisible sería que la subsidiariedad la pudiera establecer el propio Poder Ejecutivo. Bien es sabido que la Administración puede elegir para desarrollar sus actividades ya su propio Derecho,

denuncia cuando de ello depende evitar daño grave, inmediato e irreparable y rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. El motivo y el recurso deben ser desestimados por ello.” (resaltados añadidos).

La confusión entre legítima defensa y ejercicio del cargo no sólo no es enorme, sino que despoja al agente de su carácter público y lo somete a las reglas generales comunes. Y se hacen afirmaciones tan rituarías como gratuitas, sin mayor precisión.

ya el privado, pero sin por ello le quepa **sustraerse** a sus vinculaciones con el Derecho público. Esta limitación excluye ya de por sí que la Administración pueda acogerse a las causas genéricas de justificación allí donde el legislador la ha vinculado para la persecución de sus objetivos a las normas específicas del Derecho público.

Pero, aparte de estas consideraciones de fondo, aplicar el estado de necesidad penal es imposible en nuestro Derecho penal. En efecto, la regla tercera del núm. 5 del art. 21 CP impide que quien pueda invocar estado de necesidad “*tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”. Esta expresión enturbia en gran manera la mayoría de supuestos a los que sería de aplicación; en cambio, recurrir a las eximentes de ejercicio del cargo y/o obediencia debida es lo correcto si la actuación del agente cumple los requisitos enunciados.

3. La Convención Europea de Derechos Humanos

El argumento de que no se ve afectada la regulación del derecho a la vida efectuada por el art. 2 CEDH tampoco convence. **Le afecta y mucho** (STS 24-6-1988). En primer lugar, por estar dirigida a reglar, como el resto del Derecho público, las **relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y** no entre aquéllos, incide sobre una de las esferas fundamentales del individuo: su propia vida, lo que constituye el soporte fáctico de sus posibilidades participativas en la vida social. En este sentido se dirige la prohibición constitucional de la pena de muerte. En segundo lugar, la **actividad de la Policía no es un fin en sí misma**, sino preventiva y/o investigadora, y, por ende, no puede imponer limitaciones a los derechos fundamentales que la Ley, aquí la Constitución, los Tratados Internacionales y Leyes formales, no conoce o que no le atribuye, ni aun amparándose en la cláusula apoderante y genérica de orden público. Su misión, gráficamente expuesta, es, como se ha dicho, hacer imposible la huida o el ataque a los delincuentes cuando ello sea menester. Además, y en previsión de una aplicación o interpretación desmesurada de ciertas facultades reconocidas al Estado en la citada Convención, el **mismo texto** impone una limitación en su art. 60, relativa a que sus preceptos

no podrán ser interpretados “*en el sentido que limiten o perjudiquen aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidas conforme a las Leyes de cualquier alta parte contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte*”. No se olvide, pues, la vinculante interpretación para los derechos y libertades públicas que impone el art. 10.2 CE: dicha interpretación se efectuará conforme a los textos internacionales sobre la materia suscritos por España. Siendo ello así, la CEDH gana en nuestro ordenamiento mayor relieve material que el de un convenio internacional ordinario y precisamente en nuestra materia: derechos y libertades ciudadanas ante el poder cercenador del Estado.

Ello implica que si una determinada facultad policial delimitadora de cierto derecho fundamental de la persona —cual es aquí la vida— no se hallara vigente o no estuviere reconocida con rango de Ley, las permisiones del art. 2.2 CEDH no establecen nuevas habilitaciones, sino que únicamente, caso de serles preexistentes, las respaldan, pero que por el hecho de la incorporación de la citada Convención al Derecho Interno, **no las crean**. Aplicando este aspecto a un Derecho que tiene abolida la pena de muerte¹⁹ y reconoce como principio básico de la actividad administrativa, junto a la imprescindible habilitación legal, el de proporcionalidad, se llega a la **conclusión** de que está en vigor la **interdicción con carácter general** de los disparos aposta para matar a los quebrantadores del orden jurídico. Aunque, como es lógico, tal regla tiene unas excepciones que habrá de precisar más abajo. Pero ya desde ahora hay que afirmar que dichas excepciones no se basan en la aplicación ni de la legítima defensa, propia o de terceros, ni en el estado de necesidad (auxilio necesario). En Derecho español la eximente de ejercicio del cargo —y de la obediencia debida— es lo suficientemente rica en posibilidades como para permitir la cobertura de la eventual y dolorosa, pero en

19. Además de la prohibición del art. 15 CE, España se ha adherido al Protocolo núm. 6 del CEDH, relativo a la abolición de la pena de muerte con fecha 14-1-1985. Ello ha tenido como consecuencia que, además, haya desaparecido de la legislación penal militar, sea cual sea el tiempo y la circunstancia, la pena de muerte; cfr. LO 11/1995.

ocasiones necesaria por ponderada, muerte del ofensor como respuesta a ***una agresión antijurídica permanente y radical sin otra salida.***

4. *Vuelta a la proporcionalidad*

No deja de ser curioso, por último, que partidarios de la subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad acudan a la proporcionalidad para limitar la respuesta efectuada en legítima defensa, propia o de terceros, a una agresión antijurídica que implique actuación policial. Si bien es cierto que en la legítima defensa subyace un principio de proporcionalidad para limitar la respuesta de algunas agresiones (infracciones contra la propiedad que no constituyen delito o contra la morada en ciertos supuestos), y ello en virtud del principio de prevalencia del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que tal proporcionalidad en la legítima defensa es mínima y adoptada por el legislador como técnica excluyente para la defensa de algunos bienes o de algunas modalidades de ataque.

Lo cierto es que el rasgo rector de dicha institución justificativa es la racionalidad del medio defensivo esgrimido y la necesidad de la defensa. Si ello es correcto, ¿a qué viene limitar la legítima defensa vía proporcionalidad en los casos en que el defensor sea un policía? ¿No significa ello reconocer en el fondo que al Estado no se le pueden atribuir idénticas facultades que a los particulares por ser éste más fuerte y muy peligroso y que, por lo tanto, ***debe*** limitar sus poderes de acuerdo con los principios propuestos? En suma, ***sólo la exigente del cumplimiento de un deber o de ejercicio del cargo*** (art. 21, 7º CP) –STS 24.6.1988– o ***la obediencia debida***, reconducida ahora a su lugar natural, es decir, el nº 7 del art. 21 CP²⁰, son las ***causas de justificación aplicables a los funcionarios policiales*** en estos trances. En este contexto resulta, pues, ***criticable el relativizar el principio de proporcionalidad*** arguyendo que los agentes tienen a su favor la preservación del or-

20. La obediencia debida, en tanto que causa de justificación, no es más que una variante del ejercicio del cargo o cumplimiento del deber. No hay que pasar por alto que la obediencia, para que se eficaz a fin de eximir de responsabilidad penal, ha de ser ***debida***.

den (así, STS 4-11-1994); es precisamente esta preservación del orden lo que impone el más fiel y exacto cumplimiento de la proporcionalidad. Cosa distinta es que, haya que atender a las circunstancias de cada caso para ponderar la corrección o no de la actuación policial; pero eso no es relativización en el sentido de aflojamiento de los requisitos, sino, simplemente, aplicación racional del Derecho.²¹

E. Delimitación de supuestos

Vistas las cosas en el sentido esbozado, habrá que extraer las conclusiones pertinentes según nos hallemos ante las diversas constelaciones grupales que pueden darse; así habrá que delimitar aquellos supuestos en que no cabe el empleo mortal de armas de fuego de aquellos en que sí cabe, e, incluso, puede decirse que se deben utilizar.

1. Interdicción de la muerte dolosa

Descartada la aplicación de las eximentes jurídico-penales de la legítima defensa propia y/o de terceros y del estado de necesidad justificante, la causa por la que se rige la exención – en su caso– de responsabilidad criminal de los funcionarios de policía en los casos de muerte de un particular (delincuente o no) es la del **ejercicio del cargo** (art. 21, 7º CP), incluida en este precepto, por supuesto, la **obediencia debida**, como variante del mismo si la ejecución de la acción es consecuencia de una orden superior. Dos son los supuestos concebibles y a continuación se analizan.

a. agresión ilegítima contra terceros o los agentes

Las funciones principales de la Policía Judicial son la prevención de delitos y su persecución y descubrimiento. Interesa

21. Así las cosas, la alusión legal sobre la legítima defensa que contienen algunas normas policiales [art. 5. 2. d) LOFCS; más atinadamente, L 4/1992, art. 34. 2. -País Vasco-; L 10/1994, art. 11. 3º. d) -Cataluña-] no resulta satisfactoria; todo lo más puede tener una significación retórica: el funcionario no está inerme ante agresiones: tiene a su favor el ordenamiento jurídico; lo que no es poco, pero nada más allá.

aquí, pues, todo lo referente al impedimento de comisiones delictivas, a su investigación y a la aprehensión de los presuntos culpables, tal como, en tanto que **obligación**, impone el art. 492 LECr. Si ante un hecho delictivo, su comisión o investigación, ya a iniciativa propia, ya por mandato de sus superiores policial-judiciales, los sujetos que nos ocupan se ven obligados al uso de la máxima compulsión personal, es decir, al uso de sus reglamentarias armas de fuego, ello deberá tener lugar sólo en la medida necesaria para proceder al aseguramiento (detención) de los presuntos culpables y no para aniquilarlos; puesto que, si esta aniquilación fuera de recibo, el fundamental inciso del art. 11.1.g) LOFCS (“*poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente*”) o de los arts. 283 y 496 LECr, que alude a idéntico deber de entrega a la misma autoridad, carecería de sentido, pues **sería materialmente imposible dicha entrega al Juez o Tribunal competente**. Por ello, la detención subsiguiente a la investigación o percepción del presunto infractor ha de reducirse a ponerlo fuera de combate si éste se resiste a ser detenido y/o entregado. Ir más allá, amén de radicalmente antijurídico, sería **disfuncional**, ya que **dejaría sin aplicación la función judicial**. La agresión a los agentes o a terceros en sus personas, bienes o derechos sólo legitima para cortar su continuación y para la aprehensión del perturbador. Sólo **excepcionalmente** —infra 2)— podrá ser lícita, por obligada, la aniquilación física de aquél.

b. la fuga

En el nuevo CP es discutible, aunque posible, que el quebrantamiento de la situación de detención sea delito (art. 468 CP²²). No obstante, como se ha indicado en otro lugar —supra Capítulo 5. L.—, **dejarse detener por parte del ciudadano no está configurado por el ordenamiento jurídico español como deber de ningún otro tipo, sea o no culpable el sujeto a dete-**

22. Art. 468

Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

ner. Pero la práctica de la detención *sí* constituye una **obligación** que atañe a los miembros de la Policía Judicial [arts. 283 y 496 LECr, 409 CP, 11.1 g) LOFCS y 6 DP]. Sin embargo, al no constituir un deber el dejarse detener, la fuga no agresiva contra las personas impide, entre otras cosas, que los agentes puedan hacer uso letal de sus facultades: **únicamente cabe ponerlo fuera de combate del modo menos lesivo posible**, tanto en atención a las circunstancias de la fuga como del presunto delito cometido. Y, desde luego, la mera desatención del “alto” policial no faculta en absoluto para producir la muerte, pues **la fuga no es ningún delito**, y si lo es en ciertos supuestos, aparece la regla de la proporcionalidad entre los bienes en juego (STS 23-2-1988; 11-6-1992²³).

Así las cosas, la orden de tirar a matar que pueda impartirse para evitar **huidas no agresivas** o no radicalmente lesivas constituye una orden antijurídica, que por rebasar el marco competencial del subordinado ha de ser desobedecida. Si, en cambio, la huida es agresiva, poniendo en peligro cierto la integridad personal de terceros o de los propios agentes, éstos sólo podrán **responder proporcionalmente utilizando un medio idóneo para reducir aquélla, siempre dentro de los límites del ejercicio del cargo**, sin que quepa argüir por parte del agente un supuesto de legítima defensa, dado que esta eximente no está, por razón del sujeto activo de la respuesta, en **relación de subsidiariedad con la del ejercicio del cargo**. No se trata de fomentar las agresiones contra los agentes

23. Esta resolución estatuye con pleno acierto que, si bien la legislación en vigor autoriza al uso de armas de fuego, en el caso de autos, dado que “de un detenido que pretendía escapar de la custodia y, ante su huida, **la acción policial debió quedar limitada, dentro de los principios aludidos de proporcionalidad y congruencia, al seguimiento y búsqueda y a los disparos intimidatorios con el arma reglamentaria; ahora bien, la persecución arma en mano, cuando no era -presumiblemente- un sujeto peligroso dada la índole de los delitos imputados (uso indebido de nombre y falsificación), y que corría con los grilletes o esposas puestas, fue una conducta desproporcionada y creadora de un riesgo grave para el perseguido y terceros, siendo en este marco -de imprudencia- en el que se produjo el encuentro y el disparo letal**” (resaltados añadidos). El que tal conducta se califique de imprudente, y ello se haya contestado en el texto, no obsta a la corrección básica del enfoque del planteamiento.

policiales, sino que éstos, por la posesión de conocimientos y medios en que se encuentran, y para la función pública que desempeñan, caen fuera del ámbito de la legítima defensa, tal como está concebida para los particulares. El requisito de proporcionalidad, que subyace en toda la actividad de los poderes públicos, supone una limitación que es extraña en el instituto de la legítima defensa que únicamente está limitado por la necesidad de defensa y la racionalidad del medio empleado. Tampoco entra en juego el estado de necesidad porque el mal a evitar puede serlo por otras vías y el agente tiene el deber potencial de sacrificio.

2. *(La orden legítima de) tirar a matar*

a. planteamiento

Con todo, tal como queda expuesto, pueden acontecer hechos extraordinarios en los que la muerte del agresor sea la única salida. Piénsese en desgraciados sucesos, comunes o de terrorismo, con **toma de rehenes**, en los que la vida y la libertad de terceros inocentes son puestos en un peligro inminente. Y ante tal hecho el Estado ha de poder dar una respuesta adecuada. En muchos supuestos, lamentablemente, el disparo doloso mortal sobre los delincuentes es la única forma de ponerlos fuera de combate. Ello **no** significa, salvo que el peligro ya se haya verificado en todo o en parte -p. ej., habiendo ya dado muerte los delincuentes a algún rehén-, que el Estado pueda poner en marcha sin más su última respuesta: la muerte del delincuente. La **negociación**, por más que sea lenta y penosa, o el empleo de otros medios no tan drásticos, pero no por ello menos efectivos, no han de ser nunca descartados; incluso, la liberación de presos o detenidos debe ser aceptada y llevada a cabo si con ello se pone fin a la pesadilla de los inocentes; el pago del rescate exigido tampoco parece que haya de ser descartado. No se olvide que cualquier solución es mejor que la de matar; máxime cuando se han abolido la pena de muerte. Con una matización evidente: estas aparentes abdicaciones estatales deben llevarse a cabo tras la correspondien-

te evaluación sobre el **éxito final**; es decir, la aprehensión de los malhechores.

Por otra parte, no hay que desdeñar que la experiencia demuestra que las acciones directas no tienen siempre asegurado un final feliz, al menos para los rehenes. Rememórese aquí el balance de la operación que se puso en marcha con ocasión de los acontecimientos de Munich durante las Olimpiadas de 1972, que acabó con la vida de terroristas y rehenes; en total cinco terroristas y nueve rehenes. Contraargumentar que de no pasar a la acción se quebranta la autoridad del Estado es una afirmación hartamente discutible, singularmente desde la perspectiva de los **rehenes, que no tienen deber alguno de sacrificio**. No parece que tal autoridad o prestigio del Estado vaya a salir fortalecido con una matanza. Cada caso requiere una intervención propia y especial, en atención a sus circunstancias, singularmente la actitud de los delincuentes y la preparación que demuestren.

Pero, para lo que aquí interesa, quede claro que en tales extremos acontecimientos, y aun suponiendo que la solución elegida por las autoridades se demostrara como equivocada, los **agentes ejecutores quedan justificados** y la eventual responsabilidad sólo puede exigirse ante quienes impartieron la orden. No puede ocultarse, sin embargo, que, por los intereses en juego, se trataría ante todo de una **responsabilidad política**, aunque sin excluir la propiamente jurídico-penal, aspecto sobre el que no se puede entrar obviamente en las presentes líneas. Lo que sí parece necesario resaltar es que, **desde una perspectiva jurídica**, la orden –y la ejecución– de tirar a matar es **no sólo el último recurso, sino el recurso remoto**. Incluso el empleo de armas puede ser llevado a cabo de otro modo, aprovechando las innovaciones tecnológicas y el apabullamiento por la demostración de fuerza de cuerpos especiales de seguridad.

b. requisitos

Junto a los demás que son propios de toda actividad estatal, la doctrina suele precisar uno más: que al efectuarse los disparos no se ponga en **peligro la vida o integridad física de terceros**

inocentes. La polémica se centra, en cambio, en **determinar quiénes sean terceros.** Para aclarar esta cuestión no cabe pasar por alto que este último **requisito** no es más que una **variante de proporcionalidad.** Ello significa que no cabe inferir un mal superior al que se pretende evitar. Recordado esto, a la pregunta de si los rehenes y los mirones son terceros inocentes o no, puede darse una respuesta congruente; ésta no puede ser otra más que dichos sujetos **no** pueden verse expuestos al fuego de la Policía, pues sería una victoria pírrica el que la liberación se saldara con la muerte de los partícipes, tanto de la que lo son por propia voluntad como la de los que lo son accidentalmente. Si, en suma, existe un peligro cierto para la vida de esos terceros, el agente debe negarse a obedecer, ya que la obediencia no le puede cubrir, a la vista de lo desproporcionado de la acción a ejecutar.

3. Conclusión

(La orden de) **tirar a matar, aun mediado acometimiento, ha de entenderse por lo dicho ilícita, salvo** en aquellos casos que, dada la naturaleza del delito a reprimir, esté **en juego la vida y/o libertad de** terceros inocentes y sea la última posibilidad de acabar con la situación antijurídicamente creada. Por otro lado, si se afirma la plena legitimidad de la orden y de su ejecución, ello no conculca los valores reconocidos y amparados tanto por la Constitución como por la CEDH. Ni el art. 15.1 CE ni el art. 2.2 CEDH se ven transgredidos en estos extremos supuestos, ya que ponderados los bienes en juego, la vida y libertad del (los) rehén(es) constituyen un bien jurídico superior al de la vida de los agresores, que, por la cualidad de agresores, quedan, en esa medida, fuera **del marco de protección del Derecho.**

4. La agresión contra los agentes

Ya hemos puesto de relieve unos incisos más arriba la interdicción con carácter general de la muerte dolosa del sujeto que se produce violentamente y con armas contra los agentes policiales. Toca aquí recordar y matizar algunos de los aspectos más sobresalientes de la cuestión. En primer término, señalar

que la muerte del agresor violento a manos de un agente de la Policía judicial o de otros compañeros suyos queda penalmente justificada sólo si puede apreciarse el ejercicio del cargo, es decir, la causa de exclusión de la antijuridicidad prevista en el núm. 7º del art. 21 CP. **No procede la exclusión ni por legítima defensa ni por estado de necesidad**, dado que, como ya sabemos, no son lo suficientemente específicas dichas circunstancias para los agentes policiales.

¿Suponen las afirmaciones precedentes que el policía debe dejarse matar o herir por el delincuente que le agrede? La sola formulación de la pregunta es lo suficientemente demagógica y absurda como para ser borrada. Quien la formula, concibe, como mucho, el Derecho como un mero conjunto de reglas inconexas y absurdas que están sólo para permitir campar a sus anchas a los quebrantadores del mismo en contra de la finalidad e integridad de sus servidores. Lo que ocurre cuando un policía debe hacer **uso lesivo de sus armas** frente a agresiones peligrosas –no ante todas las agresiones, como sabemos– no es la defensa de su propia integridad, sino que **en primer término lo que defiende es el propio orden jurídico**. Sucede con el policía, pero en mucha mayor medida, algo de lo que sucede con el militar: **parte esencial de su profesión es arriesgar la propia integridad**. Y este aspecto, que es ensalzado ante los funcionarios militares, se pasa por alto para los policiales, cuando lo cierto es que, en tiempo de paz, son éstos y no aquéllos quienes por mor de su profesión están mayormente expuestos a riesgos físicos y psíquicos, en comparación más intensos y graves que el resto de la población. Quitados médicos, en ciertas circunstancias (epidemias, por ejemplo), y bomberos, son los policías quienes, en beneficio directo de la propia existencia de la sociedad, corren los riesgos que nos ocupan. Pero **para ello se les prepara y equipa**.

Así las cosas, es lógico que no se trate tanto de utilizar el arma de fuego para defender el funcionario la propia vida, sino para defender el orden y la convivencia sociales. En la medida en que el ataque directo al funcionario pone en peligro tal convivencia pacífica, sólo en esa medida el funcionario **debe** repeler la agresión, y sólo si es imposible actuar de otro modo deberá aniquilar al delincuente. La ponderación de la actua-

ción se llevará a cabo en atención a las circunstancias del hecho: lugar, situación del o de los agentes y de los infractores en dicho lugar, modalidad del ataque sufrido, hora, tiempo. Será muy difícil sostener que sea legítima la muerte de un sujeto sobre el que se dispara con fuego cruzado y antes de que éste se enfrente a ninguno de los funcionarios actuantes o de que eche mano del arma o explosivo que presuntamente porte. Se trata en estos casos más bien de una **celada**; y la celada, por su propia función, excluye también la legítima defensa de los que la invocan, puesto que constituye una forma de provocación: y la provocación impide el nacimiento de dicha causa de justificación. En todo caso, tratándose aquí como se trata de la eventual exención por cumplimiento del deber o de ejercicio del cargo, rigen las reglas generales en cuanto a eximente putativa (STS 30-9-1994) o incompleta, tal como ya hemos visto.

Pero esa aplicación general de las reglas comunes de las causas completas o incompletas de exclusión de la antijuridicidad no supone, recordémoslo, la vigencia de un privilegio o la superposición a la eximente del cargo de otras eximentes. En este orden de cosas, es criticable el enfoque jurisprudencial, ahora parece que minoritario, consistente en considerar el exceso en el ejercicio del cargo, como un supuesto imprudente, y, para más inri, de culpa leve. **Razonar así**, por ejemplo, tratándose de un policía que dispara sobre un vehículo en marcha varias veces, hiriendo de muerte a uno de sus ocupantes, **no es aceptable** (STS 16-11-1994); y **no lo es**, pues no puede haber imprudencia cuando hay dolo inicial de causar una lesión, aunque esta acción se inicie justificadamente. Habrá una eximente incompleta, si procede, de un delito doloso.

En suma, el **policía deberá repeler incluso dando muerte al atacante, las agresiones de que sea objeto, cuando sea imposible cualquier otro medio de hacer cesar la agresión**. En estos supuestos, el miembro de los cuerpos de seguridad no se halla en situación de defenderse sino que, por su profesión, debe hacer **prevalecer el ordenamiento jurídico**; ello se debe a que, en la medida en que el agresor incrementa el riesgo, en la misma que queda desprotegido por parte del ordenamiento jurídico. A esta problemática no es ajena la jurisprudencia

dencia. A modo de resumen se hace ineludible la lectura de la STS de 18-1-1982.

5. Resumen

Suele criticarse, y a veces no sin razón, la tónica átona de nuestra jurisprudencia y su resistencia a adoptar posturas más acordes con los tiempos. Seguramente no toda la culpa es imputable a los Tribunales; ante este panorama, máxime en el tema de prestar todo el apoyo a las libertades públicas fundamentales, resaltan aportaciones jurisprudenciales trascendentales y que, a no dudar, marcarán hitos significativos. Por su trascendencia, se transcribe el considerando central de la resolución acabada de citar. Así:

Que la doctrina jurisprudencial declaratoria de que la culpa o conducta ilícita de la persona que sufre el daño es causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede entenderse en el sentido general e incondicionado de que toda culpa produce tal efecto exonerativo, pues ello sería tanto como admitir que ante una situación ilícita creada por un ciudadano la Administración puede emplear toda clase de medios y ocasionar lícitamente toda clase de daños. cualquiera que sea la importancia y gravedad de éstos y tal conclusión no es admisible, porque la acción de la Administración pública debe estar siempre regida por criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, de tal norma que sus poderes sean utilizados en la medida y dentro de los límites que correspondan con los fines en atención a los cuales les son legalmente concedidos, adquiriendo dichos criterios una exigencia más intensa cuanto más excepcionales y portadores de riesgos sean los medios otorgados, como ocurre en el caso de los funcionarios de policía, a los cuales, por su **preparación específica y por estar dotados de armas de luego capaces de producir graves e irreversibles daños a la vida humana**, les es exigible que su actuación venga precedida de una apreciación serena de las circunstancias que concurren en las situaciones con que se enfrenta y empleen sus armas de fuego solamente en aquellos casos en que **dichas circunstancias hagan ra-**

*cionalmente presumir una situación de peligro o riesgo real para ellos o terceras personas únicamente supe-
rable mediante esa utilización, y lo hagan en la forma
adecuada para evitar consecuencias irreparables que
no vengan justificadas por la gravedad del contexto de
hecho en que se encuentran, pues en otro caso su acción
resultará desproporcionada con la importancia y natu-
raleza de la conducta ilícita que tratan de reprimir si
a consecuencia del uso de sus armas ocasionan al res-
ponsable de ella un daño que excede de aquel que nor-
malmente debe sufrir* por el hecho de la puesta en movi-
miento de las fuerzas de la policía, que en el supuesto de
autos era su detención y entrega a la autoridad judicial y
en el que la reacción policial fue claramente desproporcio-
nada a la situación creada por la víctima en cuanto que es
a todas luces desproporcionado producir por disparos de
armas de fuego la muerte de una persona que se limita a
huir ante la Policía sin haber dado muestra alguna de agre-
sividad o resistencia, *sin que el contexto general de di-
cha situación permitiera racionalmente suponer la pro-
ducción de un peligro real e inminente para la fuerza
pública*, que había sido convenientemente distribuida, o
para otras personas, y en su consecuencia procede rechazar
el fundamento denegatorio de los acuerdos recurridos
por no concurrir proporcionalidad entre la conducta de la
víctima y el daño sufrido por el funcionamiento del servi-
cio público, fundamento que, en definitiva, se apoya, en
el caso aquí contemplado, en *la inadmisibile convicción
administrativa de que la simple y pura huida de una
persona, desatendiendo las órdenes de ‘alto a la poli-
cía’, 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 cul-
tura y Ordenamiento jurídico, *según consagra el art. 15
de nuestra Constitución, que ninguna persona o autori-
dad puede destruir salvo los supuestos excepcionales le-
galmente previstos, entre los cuales, desde luego, no pue-
de incluirse el de autos”* (resaltados añadidos).

**LA INVIOLABILIDAD
DOMICILIARIA
Y LOS CONTROLES
ADMINISTRATIVOS.
ESPECIAL REFERENCIA A LA
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

I. La relación entre Derecho penal y Derecho Constitucional es algo evidente. Evidente es también que en materia de derechos y libertades públicas ambos sectores normativos no ofrecen magnitudes coextensas en todos y cada uno de los supuestos. Con todo, uno en el que sí parecen coincidir es el relativo a la protección del domicilio y a la concepción que del mismo se utiliza en ambos sectores jurídicos.¹ Con todo, sin embargo, la delimitación del objeto –el domicilio– y de los supuestos de intervención lícita –judicial o administrativa– no es algo que pueda efectuarse apriorísticamente y ofreciendo únicamente una rígida regla general. Si a ello se añade la trascendencia penal de la concepción de domicilio, pues tal integra el objeto sobre el que recae la acción del funcionario en los tipos legales del art. 191 CP, no es de extrañar el interés que despierta el tema, dado que acotar el concepto domiciliario y, por ende, los supuestos de inmisión lícita, implica la determinación del ámbito de lo punible; de este modo se obtiene el perfil del bien jurídico en juego y el ámbito de protección. Lo que en las líneas que siguen se pretende poner de manifiesto es un aspecto que reviste una importancia, a mi modo de ver sobresaliente, pero que, a lo que alcanzo a ver no constituye un centro de interés relevante en la doctrina jurídico-penal española. Me refiero a la relación entre domicilio y actividad negocial, especialmente cuando las personas jurídicas son los titulares de los recintos en los que los agentes públicos pretenden entrar o han entrado ya.² La necesidad de inmisión en tales locales proviene del peso

1. Así, LUCAS VERDÚ, *Inviolabilidad del domicilio*, en NEJ, XIII, Barcelona, 1968, p. 670. MAUNZ (1981), en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*. II, Munich, 61989, art. 13, n.m. 3 c., considera que la protección no es necesariamente la misma, por lo que no todo lo que en relación con el domicilio protege el Derecho penal forma parte del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por su parte BRANCA, *Comentario della Costituzione*, Bolonia/Roma, 1977, II, p. 58, tras poner de relieve la identidad conceptual de ambos sectores normativos, critica la extensión de la protección penal en el terreno económico (ocupación de fábricas); para este supuesto, en Derecho español, podría aplicarse el delito de coacciones, pero no el de allanamiento. Vid., ahora además, HASSEMER/MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 69.
2. Las conclusiones que aquí se obtengan son igualmente aplicables mutatis mutandis a todo allanamiento o inmisión que se efectúe por agentes

que la actividad económica ejerce en la vida social contemporánea. Las actividades industriales y comerciales son fruto, cada día más, de la actuación de empresas que revisten la forma de personas jurídicas, es decir, de sociedades mercantiles en sus diversas formas y regímenes. Tampoco es ningún secreto que al incremento de la actividad económica, fundamentalmente en algunos sectores industriales (el químico, el nuclear, el alimenticio, por ejemplo) o de servicios (las aplicaciones informáticas, pongo por caso), le sigue inexorablemente un incremento exponencial de riesgos para las personas, ya sea consideradas individualmente, ya sea colectivamente junto con su entorno o habitat. Esta problemática ha supuesto, incluso, la creación de tipos penales, en una, a veces, clara manifestación de la criticada huída hacia el Derecho penal;³ el delito ecológico (art. 348 bis CP) el fraude alimentario (art. 344 bis CP) o ciertas esferas de la vida privada⁴ son una muestra palmaria de la descripción precedente: las grandes fuentes de peligro no están hoy en manos individuales sino en manos de corporaciones o conglomerados, públicos o privados. La respuesta que se intenta dar desde el Derecho y más concretamente desde el Derecho penal a estos fenómenos, ni es siempre pronta ni especialmente eficaz. A este hecho la propia ideología individualista del Derecho penal no es ajena. Figuras como las creadas por el art. 15 bis CP, que permite el castigo de los directivos responsables de los hechos que se atribuyen a la or-

públicos en locales o recintos en los que se desarrolle una actividad económica, sea el titular una persona física o jurídica.

3. Vid., al respecto, críticamente, ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo* [ZStW (81), 1969], en *Problemas básicos de Derecho penal* -trad. Luzón Peña-, Madrid, 1976, p. 45; el mismo, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo* -trad. Queralt Jiménez-, en *La Reforma del Derecho penal* -Mir Puig ed.-, Bellaterra, 1980, p. 88; por su parte, HASSEMER, *Prevención en el Derecho penal* -trad. Bustos Ramírez-, en *Poder y Control* (0), 1986, p. 96, habla a este respecto de legislación simbólica.
4. Como las intromisiones en la esfera privada vía la manipulación informática de datos relativos a las personas; pese al mandato constitucional y a la LO 1/1982 no se ha formulado una protección penal global de la intimidad que tenga encuentra este factor tecnológico. Vid. ROMEO CASA-BONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1987, pp. 29 s..

ganización que encabezan o administran⁵ la del mismo delito ecológico⁶ son intentos, cuya fortuna no corresponde analizar aquí, destinados a poner coto a dichas fuentes generadoras de los múltiples peligros que el desarrollo, con sus indudables logros, genera como amarga cruz.

Sin renunciar al recurso penal en ejemplos como los mencionados o en otros, soy de la opinión de que ha de ponerse el acento en actuaciones de carácter preventivo, de índole mucho más general. Pese a no ofrecerme duda la naturaleza preventiva de la norma penal,⁷ en concreto preventivo-general, tampoco me cabe duda de que dicha prevención normativa es más que relativa ante los entes colectivos, mejor dicho, ante los directivos de los entes colectivos que, por la fuerza de los hechos, aparecen agazapados bajo el paraguas protector del instrumento denominado persona jurídica. La falta o mengua de asequibilidad de tales directivos a la norma no reside en perturbaciones que minoren por debajo el dintel común a la recepción y comprensión de la norma penal;⁸ reside, antes que nada, en la creencia, por lo general no quimérica, de que por unas u otras razones la impunidad es la regla. No resulta nuevo afirmar que la norma penal poco o nada tiene de efecto inhibitorio ante los hechos imputables prima facie a las personas

5. Vid. TERRADILLOS BASOCO, *El delito societario*, Madrid, 1987, pp. 103 ss. (108), con un resumen de esta problemática. Con todo, obsérvese que la inexistencia del citado precepto penal no ha sido óbice -ni lo es hoy- para castigar los comportamientos en que la creación de la sociedad es ya la estratagema delictiva; cfr. mi *Derecho penal. Parte Especial*, 21992, pp. 421 s.; vid., además, la STS 6.7.1989, sumamente ilustrativa al respecto. Reténgase, por otro lado, que la STC 150/89, f.j. 4, ha declarado la inconstitucionalidad del castigo de un directivo en la sola virtud del art. 15 bis CP por hechos anteriores a la reforma penal de junio de 1983. Es patente con esta resolución un afianzamiento del principio de legalidad.
6. Vid. PERIS RIERA, *La primera sentencia por delito ecológico: ¿una solución histórica?*, en PJ -2ª época - (11), 1988, p. 103, con reseña bibliográfica básica; críticamente, HASSEMER/MUNOZ CONDE, *Introducción cit.*, p. 68.
7. Vid. *De algunas bases del Derecho penal español*, en ADPCP (II), 1985, pp. 323 ss.
8. Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 21982, pp. 99.

jurídicas;⁹ tal carencia de efecto ha sido tenida siempre presente por nuestro legislador y lo más que ha acordado en contra de las personas jurídicas en el ámbito penal ha sido alguna medida de seguridad.¹⁰ Si la prevención general halla su fundamento en la capacidad del sujeto al que la norma va destinada de captar el mensaje de prohibición o de imposición de determinados comportamientos,¹¹ en tanto que ente artificial e inanimado, la persona jurídica es inasequible a ellos. De ahí que, lógicamente, se proceda al castigo de los directivos que se sirven de la organización para cometer el delito o delitos y/o que, conociendo los hechos, no lo impiden, dado que esos sujetos individuales sí son perfectamente asequibles al mandato o prohibición que la norma les dirige. Sin embargo, reitero, que la lucha contra la criminalidad que se articula mediante la instrumentalización, total o eventualmente, de una persona jurídica, tiene ante sí una tarea ingente de dudoso éxito ante lo inconmensurable de las magnitudes de los sujetos a neutralizar. Toda una serie de mecanismos legales posibilitan que la efectividad de la respuesta penal pueda cabalmente no tener lugar.¹² Y no sólo se trata de una cuestión de aprovechamiento más o menos legítimo o más o menos espúreo de las posibilidades del entramado jurídico, sino de que, por lo general, la Administración de Justicia, incluida aquí la policía judicial, no está diseñada -y en consecuencia, se pone de relieve una flagrante carencia de medios- para abordar la investigación y punición de hechos en los que intervienen los sujetos a los que me vengo refiriendo. En cambio, desde una pers-

9. Vid. el mismo, *op. cit.*, pp. 96/7; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 31990, pp. 476 s.

10. Las medidas más típicas son la de suspensión o disolución de la persona jurídica; también se prevé la intervención estatal en las mismas, por ejemplo, arts. 344 bis b) y 348 bis IV CP. Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos* cit., pp. 104. s.

11. Vid. MIR PUIG, *Función* cit., pp. 43 s., 93 ss.; el mismo, *Derecho penal* cit., pp. 474 ss.

12. Cfr. QUINTANA LÓPEZ, *Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro Derecho*, REALA (229), 1986, p. 145; NIETO GARCÍA, *Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria*, en RAP (112), 1987, p. 15.

pectiva de control y prevención menos jurídico-penal, aunque directamente conectada con ella, sí me parece posible una más eficaz lucha contra los abusos, delictivos o no, de las corporaciones. Las investigaciones que las autoridades económico-financieras y las de orden técnico (industrial alimentario, laboral, ...) llevan a cabo en sus respectivos ámbitos competenciales representan aquí un papel decisivo como elemento preventivo. Sucede, empero, que las conjeturas y los datos más o menos fidedignos que se hayan podido obtener por aquellos poderes públicos requieren, a fin de permitir la adopción de medidas efectivas, una confirmación para concluir un expediente y/o para realizar prácticamente, en su caso, la medida que se hubiese adoptado. Esa confirmación o esa realización pueden suponer el rozar, cuando no afectar de lleno, la esfera de los derechos fundamentales, aquí, la inviolabilidad del domicilio y la intimidad. Dicho con otras palabras: para comprobar si una empresa no inflige a sus operarios condiciones laborales ilegítimas o todos están convenientemente dados de alta en la Seguridad Social, o si se cumplen las normas sobre seguridad en materia de residuos sólidos o líquidos, o si se efectúan prácticas restrictivas de la competencia, por ejemplo, será necesario penetrar en los locales de la empresa y requerir la exhibición de libros y otros documentos y girar visita a diversas instalaciones de la mismas, ya sean despachos, almacenes o naves de producción. A esta necesidad de entrada se opone justamente la regulación penal que, cerrando el orden constitucional, que prohíbe las inmisiones domiciliarias por parte de funcionarios públicos fuera de las casas permitidas por la Ley (art. 191.1º CP). Dejando de lado que esta remisión a la Ley está superada por el art. 18.2 CE,¹³ pues así lo ha declara-

13. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal* cit., p. 86. Cierta sector doctrinal [vid., por ejemplo, SERRANO ALBERCA, *Art. 18.2 CE*, en *Comentarios a la Constitución Española*, (Garrido Falla dir.), 1980, pp. 270] no efectúa el debido ajuste del Derecho preconstitucional y presentan la regulación de la LECr y de la LOP -antes de ser derogada por la LO 2/1992- gozando de autonomía cuando no pocos de sus pasajes ya habían pasado a mejor vida; correctamente, por su parte, SUÁREZ ROBLEDANO, *La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de publicaciones*, en *Actualidad Penal* (36), 1987, pp. 1684, 1606, 1687. Otra buena mues-

do la STC 22/1984, lo cierto es que habrá que determinar qué contenido pueda revestir el elemento típico-objetivo domicilio y si las personas jurídicas pueden ostentar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria que no dudan en oponer a la inmisión pública.¹⁴ Surge, por tanto, la cuestión de si las personas jurídicas tienen tales derechos. II. Nuestro Tribunal Constitucional ha dado respuesta afirmativa¹⁵ a la cuestión de si las

tra de la desconexión aludida la ofrece en un contexto bien próximo el concepto de delito flagrante que se toma del anterior art. 779 LECr -antes de la reforma operada por la LO 7/1988-: cfr. SERRANO ALBERCA, Art. 18.2 CE, cit., p. 279; SUÁREZ ROBLEDANO, La salvaguarda cit., p. 1682/3; tal concepto era meramente procedimental y no material, pues, entre otras cosas, hacía referencia al delito cuya perpetración se sospechaba vehementemente; vid. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, Manual de Policía Judicial, Madrid, 21989. p. 68.

14. Vid. La reciente STJCE, caso Hoescht, de 21.9.1989 (asuntos 46/87 y 227/88, acumulados); en esta causa se ventilaba el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de una empresa multinacional alemana que se negó a que los agentes de la Comisión Europea, debidamente asistidos por las autoridades y agentes nacionales, de acuerdo a la normativa comunitaria (Reglamento nº 17 <1962>, arts. 14.3 y 16), verificaran mediante la inspección de locales y libros la sospecha de que dicha empresa incurría en prácticas restrictivas de la competencia. La sentencia comunitaria avala el procedimiento seguido y la ilegitimidad de la resistencia de la empresa, a la que, además, confirmó la multa coercitiva impuesta por la Comisión por cada día de retraso en el cumplimiento de la orden que la obligaba a consentir la entrada y registro de sus instalaciones y documentación en relación con el expediente antimonopolístico abierto en Bruselas.
15. Vid. LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en REALA (225), 1985, p. 50, considera que en ocasiones el Tribunal Constitucional ha denegado este derecho a las personas jurídicas; así la STC 111/1983 -Rumasa-, f. j. 11. Entiendo que aquí la cuestión permanece intocada, puesto que acordada la constitucionalidad de la medida expropiatoria el art. 18.2 CE carecía ya de virtualidad. Igual objeción se ha efectuado al ATC 257/1985, pero para CASAS VALLÉS, *Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad*, en RJC (I), 1988, pp. 102 ss., la cuestión no es tan clara; el Tribunal Constitucional cautamente no cerró la puerta al derecho a la intimidad de las personas jurídicas sino que, en principio, negó tal posibilidad, lo que, a todas luces, no es lo mismo; mayor relieve tiene la circunstancia que supone negar el derecho de una persona jurídica al derecho a la intimidad familiar (STC 19/1983, -f. j. 2-, ATC 257/1985, -f. j. 2-). El Tribunal Constitucional en el citado auto hace explícita mención de que contempla el primer párrafo del art. 18 CE y no el segundo; extremo que vuelve a recordar en la STC 137/1985, f. j. 2; así lo recuerda DE LA HAZA, *Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional so-*

personas jurídicas gozan del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria;¹⁶ así, las SSTC 137/1985 y 144/1987.¹⁷

bre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas, en *LA LEY*, nº 2023, 1988, p. 3.

Para el Derecho alemán, la doctrina dominante considera que las personas jurídicas y las asociaciones informales también gozan de este derecho; vid. MAUNZ, *op. cit.* n. m. 3 c.; PAPPERMANN, *Grundgesetz. Kommentar* (I. von Münch ed.), Munich, 31985, § 13 n. m. 3. El problema se plantea con las fundaciones, pues por definición no tienen carácter personal (*ibidem.*).

16. GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad del domicilio*, en *REDA* (32), 1982, p. 857, ve en la elección del término “domicilio” en perjuicio del de “vivienda” el anclaje para hablar del derecho al domicilio inviolable el dueño de una empresa o comercio y las personas jurídicas.
17. Vid. la crítica que a estas resoluciones efectúan LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad cit.*, *passim*; el mismo, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en *RAP* (115), 1988, p. 86 ss. y 97; NIETO GARCÍA, *Actos administrativos cit.* en *RAP* (112), 1987, pp. 15 (“La Constitución está para la defensa de los ciudadanos y no para que, amparándose en ella, pretendan burlar los intereses públicos” -aludiendo a la necesidad del ejercicio de los derechos de buena fe-), y pp. 41 ss.; SÁNCHEZ DE LA MADRID Y AGUILAR/MORILLO-VELARDE DEL PESO, *La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos*, en *LA LEY*, nº 2170 (1989), p. 2; por su parte, ÁLVAREZ-LINERA Y UNGRÍA, *La autorización judicial para su entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos*, en *LA LEY* nº 2173, 1989, p. 2, y CHACÓN ORTEGA, *La ejecución subsidiaria y la entrada en el domicilio o lugar sujeto a autorización del titular*, en *Actualidad Administrativa* (29), 1989, pp. 1724, 1729 s., acepta plenamente la doctrina constitucional.

Por lo que respecta a las críticas cabe señalar que, en síntesis, NIETO diverge del planteamiento constitucional por considerarlo excesivamente rígido, pero encuentra consecuente la postura del Tribunal Constitucional en tal contexto, (*op. cit.*, pp. 9 s. y 54).

LÓPEZ RAMÓN, por su parte, entiende que, dado que en el caso concreto de la STC 22/1984 la finalidad perseguida por la Administración (la demolición de un ático ilegalmente construido) nada tiene que ver con intimidad tutelada, “parecía claro que el objetivo del recurrente era defender su propiedad por cauce inadecuado” (*REALA*, p. 36, *RAP* p. 87). Si con razón o sin ella -este no es aquí el caso- alguien es amenazado con ser lanzado de su vivienda y con la destrucción de ésta, no parece que pueda dejarse de afirmar que alguna relación sí tiene la pérdida de la vivienda con la intimidad; que la vivienda sea propia, alquilada, disfrutada en precario o por liberalidad es algo constitucionalmente irrelevante. Afirmar, por otro lado, como hace este autor (*REALA* p. 38, *RAP* p. 87) que la STC disiente de lo alegado por la Administración, el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo, abunda, desde luego, en la discutibilidad de la tesis del Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, supone argumentar de modo chocante: i) permite in-

Conviene, a efectos de determinar el alcance de estas resoluciones, efectuar un breve resumen de los supuestos de hecho que sirvieron de base a la adopción de las sentencias reseñadas. La primera de las resoluciones aportadas hace referencia a la pretendida violación domiciliaria efectuada a una sociedad anónima, declarada en suspensión de pagos, debida al hecho de que el Juez competente acordó la entrada en su sede social por parte del recaudador, a fin de proceder al embargo

ferir que todas aquellas declaraciones de inconstitucionalidad (lato sensu entendidas) y otorgamientos de amparo que hayan superado igual o similar posición son resoluciones igualmente discutibles; ii) supone inferir que el grado de acierto de una doctrina del Tribunal Constitucional está supeditada al consenso del resto de los operadores jurídicos; por último, iii) supone olvidar que la STS de 7.12.1982, que culminó el procedimiento ordinario en el citado asunto, afirmaba que la Constitución ha de interpretarse de conformidad con el ordenamiento jurídico; afirmación que el Tribunal Constitucional rechazó, claro está. Abunda este autor en la cuestión de la rigidez constitucional (Inviolabilidad cit., pp. 39 s.) pero pasa por alto (op. cit., pp. 44 s.; en sentido contrario en p. 56) que el TC en esa resolución (STC 22/1984, f. j. 5) alude expresamente al estado de necesidad como posible causa habilitante de una intromisión domiciliaria al margen de los tres supuestos típicos del art. 18.2 CE. Con independencia de que la ponderación en tal caso debería tener en cuenta los bienes y derechos constitucionales en juego y ser efectuada restrictivamente, lo cierto es que, incluso el legislador ha remitido, en ocasiones, a dicha cláusula habilitante y justificante; así, por ejemplo, la LO 3/1986, sobre medidas especiales en materia de salud pública (aunque, curiosamente, no determina, cuales sean las autoridades competentes).

Por último, SÁNCHEZ DE LA MADRID/MORILLO-VELARDE DEL RÍO (*La garantía judicial* cit., p. 2) censuran el criterio del Tribunal Constitucional por los retrasos que la autorización judicial para proceder a la entrada originan retrasos motivados por el mero hecho de acudir al Juez por los retrasos de la propia Administración de Justicia, el activismo judicial y la falta de preparación contencioso-administrativa de los Jueces de Instrucción. Ha de apostillarse a estas últimas críticas que, como sus autores reconocen, la cobertura del art. 87.2 LOPJ es explícitamente constitucional: la tutela de cualquier derecho (art. 117.4 CE); que el retraso en la conclusión de un asunto por el hecho de que se tutele los derechos de un sujeto no es un retraso, sino una garantía; que la concesión de la autorización se demore por el número de expedientes a atender puede deberse, también, a la falta de tutela de los derechos en esferas extra-o prejudiciales; en fin, que los Jueces de Instrucción no sean especialistas en derecho administrativo no debería obstar, a fin de cuentas, para efectuar igual reproche a todos los magistrados no especialistas que sirvan en Juzgados o Tribunales contencioso-administrativos; vid. también sobre la capacidad del Juez penal o civil para enjuiciar actos de la Administración, de la que no duda, ÁLVAREZ-LINERA Y UNGRÍA, *La autorización* cit., pp. 3 y 4.

de bienes de la demandante en monto suficiente para saldar su débito tributario. El Tribunal Constitucional, si bien reconoció el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas con carácter general, no otorgó el amparo, pues no se alegó por parte de la sociedad deudora ninguna lesión de su intimidad, que pudiera entroncarse con el art. 18.2 CE; únicamente hizo referencia a la improcedencia de la autorización judicial de entrada por razón de seguirse un procedimiento de suspensión de pagos. Esta alegación, evidentemente, no tiene anclaje en el discurso del amparo constitucional. La segunda de las cuestiones es de similar índole y con idéntico resultado. Se denegó el amparo, porque el auto del Juzgado de Instrucción competente no violó ni el art. 18.2 ni el 87.2 LOPJ, al autorizar a los agentes administrativos la entrada en los locales desde los que la recurrente radioemitía ilegalmente. En esencia, la diferencia con el hecho sustentado en la sentencia anterior radica en que ya no se cuestiona por ninguna de las partes procesales el derecho a la inviolabilidad domiciliaria al que las personas jurídicas resultan acreedoras. Y por otro, el papel decisivo que representa el art. 87. 2 LOPJ,¹⁸ en cuanto confiere a los Jueces de Instrucción la garantía del derecho fundamental a la citada inviolabilidad,¹⁹ y, en consecuencia, lo

18. Este precepto ha sido declarado conforme a la Constitución por la reciente sentencia STC 76/1992.

19. La protección de este derecho fundamental se hace de forma sumamente estricta por la Constitución Española y el Tribunal Constitucional se ha encargado de robustecer este planteamiento del texto de la Norma Suprema. Valga, como muestra la transcripción parcial de la STC 160/1991 (Pleno) -caso Riaño- de un fragmento de su f. j. 8:

“Para resolver sobre la pretensión de los recurrentes, cabe recordar que el art. 18.2 de la Constitución Española lleva a cabo una rigurosa protección de la inviolabilidad de domicilio, al establecer tres supuestos taxativos en que procederá la entrada o registro del domicilio: la existencia de consentimiento del titular, la presencia de flagrante delito y la resolución judicial. Esta enumeración viene a separarse de regulaciones constitucionales de otros países que, aun reconociendo la inviolabilidad del domicilio, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y las formas establecidas por la ley (caso del art. 14 de la Constitución Italiana) o aceptar la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio, en supuestos de urgencia (art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que prima facie parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.²⁰ Es decir, no se ha sustraído al control de la jurisdicción contencioso-administrativa la legalidad de la actividad de la Administración y, por tanto, (salvo que el acto no sea firme, que falte la notificación, que no esté identificado el administrado, ...) el Juez de Instrucción no debe paralizar la ejecución administrativa.²¹ Nótese, sin embargo, que la

Por el contrario en el caso de la Constitución Española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva (ninguno de los cuales es relevante en el presente recurso), se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E. u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular.”

20. Sobre el mandato de proporcionalidad de esta materia, vid., por todos, MAUNZ, *op. cit.*, n. m. 20e.
21. Así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional; vid. SSTC 22/1984 - f. j. 3-, 137/1985 -f. j. 5-, 160/1991 -f. j. 9-.

En cuanto a las objeciones relativas al procedimiento judicial a seguir para la emisión de la autorización judicial de entrada y registro, la regulación actual es diversa a la de quienes como PLAZA ARRIMADAS, *La inviolabilidad del domicilio*, en *REVL* (216), 1982, pp. 697 s.; COLOM PASTOR, *Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio*, en *REDA* (40/41), 1984, p. 154; PECES MORATE, *La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio*, en *PJ* (13), 1984, p. 88; DELGADO, *La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial*, en *PJ* (16), 1985, pp. 23 s.; propusieron procedimientos judiciales para el otorgamiento del auto habilitante de entrada; sus propuestas

se han visto superadas por el art. 87.2 LOPJ. La razón de que sea el Juez de Instrucción el competente para otorgar la autorización de allanamiento domiciliario reside en un hecho evidente: es el único que está de guardia. El procedimiento, con todo, no está previsto, sino sólo la autoridad competente para su otorgamiento; ahora bien, partiendo de que el Juez legal es el de Instrucción, lo lógico es remitirse al procedimiento sumario y no contradictorio previsto en la LECr: expedición de mandamiento motivado (art. 558), entrega del mismo al titular del domicilio (566), adoptando las medidas de seguridad necesarias (art. 567), y, en su caso, la fuerza (art. 568) -en sentido similar, SUÁREZ ROBLEDANO, *La salvaguarda* cit., p. 1684-.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional, ante el inaplicable silencio del legislador, en sus AATC 129 y 258/1990. En efecto, en el primero de ellos -f. j. 5-, tras señalar que la autorización judicial se solicita y se acuerda en un procedimiento de inspección, afirma -f. j. 6- que ni es necesario el previo aviso administrativo al titular del domicilio a inspeccionar ni es necesario la previa comunicación al interesado de la resolución judicial autorizativa, dado que ello podría poner en peligro en casos como en el autos (comprobación de determinaciones bienes muebles en el interior de un inmueble) el objeto del procedimiento. En ningún caso, pues, procede debate contradictorio sobre el otorgamiento de la autorización judicial entre la Administración instante y el particular afectado -loc. cit.-; esta ponderación, en fin, se obtiene tras recordar que los derechos no son absolutos y que pueden ceder ante otros preferentes -f. j. 3-. De acuerdo al ATC de 258/1990, es de rigor establecer una distinción entre el régimen de recursos a aplicar ante la resolución judicial -siendo de aplicación los previstos en la LECr- y el modo de proceder a la entrada y registro; éstos no han de regirse, en principio, por las normas de la investigación sumarial dada su diversa naturaleza, aunque, en todo caso, se trata de una cuestión de legalidad ordinaria -f. j. 3. b)-; significativamente, por tanto, al no existir la preteritoriedad sumarial, no es imprescindible que, una vez obtenida la autorización, la Administración actúe de inmediato -loc. cit.-; por otro lado, la cuestión relativa a si la intervención puede o no efectuarse de noche no afecta la inviolabilidad domiciliaria en sí, aunque sí, quebrando el principio de proporcionalidad expresamente previsto en el art. 552 LECr, se causan más molestias de las necesarias, podrá plantearse una quiebra de legalidad ordinaria -f. j. 3. c)-; esta quiebra podría encontrar acomodo en los registros abusivos (art. 191, 3º CP). Por último, el citado ATC recuerda la doctrina ya sentada por el propio Tribunal -f. j. 4. d)-, en el sentido de que la autorización judicial debe contentarse con un examen prima facie de la resolución administrativa para cuya ejecución se requiere de una injerencia domiciliaria, no debiéndose entrar a enjuiciar la legalidad de la misma, dado que ello es competencia de otros órganos judiciales, de este modo, *queda a salvo el interés del particular de que el juez controle que la ejecución no ampara una vía de hecho* (así, ATC 198/1991, f. j. 3, in fine). Se trata, dicho de otro modo, de amparar con la autorización judicial la efectividad de una resolución administrativa que, por ser aparentemente legal, goza de presunción de legalidad; igualmente, COLOM PASTOR,

constitucionalmente preceptiva intervención judicial -y, por tanto indeclinable- a que aquí se ha hecho referencia, lo es en relación con la ejecución de actos administrativos firmes -o, cuando menos, ejecutables-, es decir, cuando proceda la ejecución forzosa en el domicilio de un particular y otras dependencias para cuya entrada se requiera su consentimiento, dicho sea con palabras del art. 87.2 LOPJ. Esta observación tiene como finalidad llamar la atención sobre un hecho de, creo, relevancia práctica, a saber: si es necesario obtener dicha autorización judicial cuando los agentes administrativos, actuando como policía administrativa, o policiales, actuando como policía judicial²² tienen que penetrar en las dependencias en las que un sujeto ejerce sus actividades. III. Conviene formular una primera e inicial precisión, puesto que sobre la conclusión que obtengamos se levanta la tesis a la que este trabajo se dedica. Partamos, en primer término, de la dicción literal del art. 87.2 LOPJ que es del siguiente tenor: “Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración”. Desechada para lo que aquí interesa la entrada como consecuencia de un acto de ejecución forzosa de la Administración,²³ es decir, como hemos visto, la entrada acordada judicialmente para poder rea-

Autorización cit., p. 255. La doctrina constitucional puede contemplarse in extenso en SSTC 22/1984, f. j. 3 in fine: necesidad justificada de penetración, 137/1988, f. j. 5 III, 144/1987, f. j. 2 III, control de la legalidad del acto de ejecución prima facie, dejando a salvo la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

22. Aun actuando como policía administrativa, un cuerpo de seguridad, del Estado o no, si se encuentra en presencia de un delito o un indicio criminal, pasa automáticamente a entrar en función de policía judicial. Vid. arts. 1 y 4 RD 769/1987, sobre Policía Judicial; cfr. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual* cit., pp. 27 s.
23. Potestad, que aunque polémica por no haber sido ejercida siempre con el recato necesario, ha sido declarada constitucional: cfr., entre otras, SSTC 22/1984, 137/1985, 144/1987, 160/1991. Vid. DE ALFONSO BOZZO, *Sobre la inviolabilidad del domicilio*, en *RJC*, 1985, pp. 458 s.; LÓPEZ RAMÓN, *Límites* cit., pp. 96 s.

lizar un título ejecutivo, tal como gráficamente determina la STC 137/1985 -f.j. 5 I-, la cuestión se centra en determinar el objeto allanable legítimamente. De la letra del art. 87.2 LOPJ se desprenden con claridad que estos objetos son de dos clases: el domicilio y otros lugares cuyo acceso depende del consentimiento de su titular. Esta distinción no me parece, en modo alguno, baladí y sí, en cambio, merecedora de la mayor atención. En efecto, si como parece opinión mayoritaria y dominante -aunque no pacífica y unánime²⁴ y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1984 -f.j. 5-, el domicilio es el lugar excluido del mundo exterior destinado al goce de la vida privada, es decir, de la intimidad, está claro que el alcance del art. 87.2 LOPJ es de la mayor importancia. En efecto, si la intimidad se caracteriza por el ejercicio de lo que se convenga en que sea privado²⁵ sucede que: i) el art. 87.2 LOPJ hace referencia a lugares diferentes en los que la intimidad no encuentra sede, sino, quizás, otros derechos, e ii) la ficción que representa una persona jurídica, como ente independiente de las personas físicas que la dirigen y de las que

24. Vid. las diversas posturas en SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, en *RGLJ* (225), 1968, p. 867 (la libertad personal); RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid, 1975, p. 276; BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y la intimidad*, en *Comentarios a la Legislación penal* (Cobo del Rosal dir.), I, Madrid, 1982, p. 106; GARCÍA-VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y la Constitución de 1978*, Pamplona, 1983, p. 70 (vida privada); JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 49 (desarrollo de la personalidad); OCTAVIO DE TOLEDO, *Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio* (art. 191 CP), en ADPCP (II), 1987, pp. 331 ss. (intimidad o privacidad, junto a una interpretación teleológica del precepto); QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit., 21992, p. 854; QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, Manual cit., p. 111; VIVES ANTÓN en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte Especial*, (VIVES ANTÓN coord.) II, Valencia, 31990, p. 97; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 81991, p. 657. Por su parte SEMPERE RODRÍGUEZ, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978* (Alzaga dir.) II, Madrid, 1984, p. 440 sostiene que intimidad es algo diverso a la vida privada.

25. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Protección* cit., pp. 99 ss.; GARCÍA-VITORIA, *El derecho a la intimidad* cit., p. 30, quien mantiene una concepción amplia; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 121 ss.; DE LA HAZA, Observaciones cit., pp. 3 s.

obtienen las ventajas que su creación comporta, no puede ser dilatada más allá de donde se extiende el mismo derecho a las personas físicas.²⁶ Desarrollemos lo anterior. El reiteradamente citado art. 87.2 LOPJ establece, atinadamente a mi modo de ver, dos conceptos de lugar en los que pueden efectuarse ejecuciones forzosas; dos lugares que son los mismos para los supuestos que nos ocupan ahora. Se trata, como bien obvio resulta del texto del precepto acotado, el domicilio y de otros lugares en los que no se puede acceder libremente por depender su acceso del consentimiento del titular. La cuestión está, pues, en determinar, qué sea domicilio para una persona jurídica y qué título legítimo puede esgrimirse sobre esos otros lugares que no constituyen domicilio alguno. Retomando, una vez más, el leit motiv de nuestra argumentación, o sea, que el domicilio es la sede en que se ejerce la intimidad, aunque la intimidad no se agote en ser ejercida en el domicilio,²⁷ ha de establecerse lo que pueda entenderse por intimidad de una persona jurídica. La respuesta que se de al concepto constitucional de domicilio es básica para afrontar esta cuestión. Por domicilio cabe entender un espacio físico constante, separado por voluntad de su moderador del resto del espacio físico y en el que dicha persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convenciones sociales y en donde ejerce su libertad más íntima. Esta definición está en consonancia con la que ofrece la STC 22/1984, en su fundamento V.²⁸ Las notas del concepto de

26. Esta distinción entre domicilio en sentido estricto (personal) y locales se inspira en la formulación clásica de MAUNZ, *op. cit.*, nn. mm. 13a., 13b.; crítica esta concepción DAGTOGLOU, *Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung*, *JuS*, 1975, p. 754. Desde otra perspectiva, pero con idéntico resultado, PAPPERMANN, *op. cit.*, nn.mm. 12 s. La debilitación de la protección de los locales no domiciliarios obedece, también, a no caer en un excesivo conservadurismo, clásico en el liberalismo del siglo pasado, al identificar lo patrimonial con la intimidad; vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor*, cit., p. 101.

27. También se encuentra en el propio cuerpo, por ejemplo, tal como ha puesto de relieve la STC 37/1989, en materia de registros corporales; vid. el comentario crítico a esta resolución efectuado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *La intimidad corporal devaluada*, en *Poder Judicial* -2ª época- (14), 1989, pp. 123 ss.

28. CASAS VALLÉS, *Inviolabilidad domiciliaria* cit., p. 191, subraya lo importante de la existencia de un concepto constitucional de domicilio;

domicilio son, pues, las siguientes:- Lugar separado del entorno físico exterior de forma inequívoca; ello está generalmente claro: un apartamento, una casa, pero también una chabola, un carromato o vivienda sobre ruedas, incluso una tienda de campaña. Poco importa su calificación arquitectónica, estética o urbanística.²⁹ Al mismo tiempo es el lugar donde la persona puede actuar sin intromisión alguna, mientras sus vivencias no trasciendan perjudicialmente al exterior;³⁰ es lo que se llama la intimidad. Se trata de un atributo de la personalidad con cada día mayor pujanza y, por ende, protección jurídica.³¹ Tiene interés, en lo que a la exposición compete, en materia del registro que la entrada implica. De lo dicho se deriva una cuestión instrumental, pero muy importante: el domicilio jurídico-constitucional y, por ende, jurídico-penal, no es el domicilio previsto en el Código Civil, en las leyes administrativas o en las fiscales.³² Téngase en cuenta, por no dejar de ser

MAUNZ op. cit. n.m. 3c. ofrece la siguiente definición: domicilio en el sentido del art. 13 GG es todo espacio destinado a ser sede de la residencia o de la actividad del hombre, sea aquél fijo, móvil o flotante.

29. Cfr., recogiendo el sentir mayoritario de doctrina y jurisprudencia JORGE BARREIRO, *Allanamiento* cit., p. 48 recoge un elenco jurisprudencial de lugares domiciliarios, lugares que superan la estrechez e inconstitucionalidad sobrevenida de algunos pasajes de la LECr; vid., a este respecto, GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad del domicilio* cit., p. 859; QUERALT JIMÉNEZ/ JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual* cit., p. 111. Para el Derecho alemán, vid. RUDOLPHI, SK, 51988, § 123, n. m. 8; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 441988, § 123, n. m. 3; por su parte, PAPPERMANN, *op. cit.*, n. m. 12, ofrece una lista exhaustiva de locales considerados domiciliarios por la doctrina y la jurisprudencia alemanas; por su parte SCHÄFER, LK, 101988, § 123 n. m. 10, sostiene que un coche es un medio de transporte, pero sí, en cambio, es un local protegido una furgoneta destinada a la venta ambulante, pues se trata de un domicilio comercial. Para el derecho italiano, vid., sólo, BRANCA, *Comentario* cit., p. 55/6.
30. AMELUNG/SCHALL, *Zum Einsatz vom Polizeispitzlen: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis*, JuS, 1975, p. 566: la moralidad de lo que se realiza dentro del domicilio es irrelevante.
31. Cfr. MORALES PRATS, *La tutela penal* cit., pp. 122 ss.
32. Cfr. DAGTOGLOU, *Das Grundrecht* cit., p. 753. Por otro lado, MAUNZ, *op. cit.* n. m. 3c., considera que cada sector normativo puede ofrecer un concepto en ambos órdenes, pero critica la extensión de la protección penal.

significativo que en Derecho alemán, el delito de allanamiento de morada (§ 123 StGB) está incluido dentro de los delitos contra el orden público. Ello ha llevado a la doctrina más tradicional a atribuirle una naturaleza dual, es decir, considerar que están en juego dos bienes jurídicos, el orden público y el señorío domiciliario (Hausrecht)³³. Por contra, la opinión mayoritaria parece decantarse por considerar que el bien jurídico lo constituye el que el ataque domiciliario lesiona un derecho de la personalidad; si éste tiene más coloración propietarista³⁴ o intimista,³⁵ es lo que parece, en definitiva, centrar la cuestión. Esta última concepción, es, desde luego, la que casa con la aquí sustentada y, por lo tanto, preferible. El domicilio jurídico-constitucional, que es el que rige en las relaciones básicas entre los poderes públicos y los particulares, se fundamenta en la idea de vivencia e intimidad: es el que refleja el concepto sociológico de domicilio, es decir, el que permite ubicar un sujeto dentro de un grupo de personas; las demás definiciones normativas de domicilio son funcionales y parciales, o sea, pretenden la localización en el espacio de la persona no en tanto que tal, sino en tanto que sujeto de obligaciones que, evidentemente, han de encontrar una sede. El concepto constitucional, y también penal, de domicilio está más próximo al de residencia (art. 40 I CC). Esto supone que el domicilio ordinario de una persona no ha de coincidir forzosamente con su domicilio oficial o más conocido, o que pueda tener varios domicilios (la casa en la ciudad y en el campo,³⁶ o el domicilio particular y un local dedicado a estudio separado del primero, p. ej.³⁷ Sin embargo, en lo tocante a la nota de intimidad

33. Así, por ejemplo, DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.*, n. m. 1.

34. Así SCHÄFER, LK, n. m. 1; LENCKNER, en *Strafgesetzbuch. Kommentar* (SCHÖNKE/SCHRÖDER), 241991, § 123, n. m. 1.

35. Vid. SCHALL, *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, 1974, pp. 131 ss.; AMELUNG/SCHALL, *Zum Einsatz cit.*, p. 566; OSTENDORF, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, Neuwied/Darmstadt, 1986, § 123 n. m. 7; RUDOLPHI, SK, § 123, n. m. 3.

36. Vid. DAGTOGLOU, *Das Grundrecht cit.* p. 753; CASAS VALLÉS, *Inviolabilidad cit.*, p. 191, afirma que no es seguro que exista un solo domicilio constitucional, sino varios.

37. Vid. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual cit.*, p. 113.

y debido a la relación entre los derechos del art. 18 CE, la intimidad personal y familiar contemplada reiteradamente en sus apartados 1 y 4, habrá de efectuarse alguna matización, pues la traslación automática de la intimidad a los entes jurídicos, como se ha observado³⁸ no puede practicarse sin más ni más. Ello podría producir dislates³⁹ que no son compabibles por definición con el ordenamiento jurídico. Pero negar el derecho a la intimidad societaria⁴⁰ no sirve de nada a la vista de las restricciones constitucionales. Habría pues que interpretar intimidad personal como personal referido a la persona física o jurídica y excluir, lógicamente, toda referencia a la familiar respecto de los entes jurídicos. Ello es así porque ha de mantenerse la homogeneidad en los conceptos que se manejan. Si la persona jurídica es una ficción, una creación artificial con personalidad funcional, no cabe inhibirle la titularidad de un derecho típicamente humano como es la intimidad familiar, aunque no menos conceptual⁴¹ que la entidad que nos ocupa. Por ello, a la persona jurídica le puede corresponder una cate-

38. Cfr. DE LA HAZA, *Observaciones* cit., p. 4.

39. Así, con razón, NIETO GARCÍA, *Actos administrativos* cit., p. 29.

40. Cfr. SCHALL, *Die Schutzfunktionen*, 1974, pp. 131 ss. distingue los locales particulares como sede de un espacio de libertad personal y entre los locales comerciales como sede protegible donde se desarrolla sin perturbaciones los procesos de trabajo y la protección; siguen esta concepción OSTENDORF, *Kommentar* cit., § 123 n. m. 8, RUDOLPHI, SK, § 123, n. m. 4; vid., igualmente, DE LA HAZA, *Observaciones* cit., p. 4. Por su parte, BADURA, *Staatsrecht*, 1986, n. m. 39, afirma que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria afecta a todos los lugares privados, sean sede de actividades profesionales, laborales o económicas en general. Esta amplitud sucumbiría a las críticas de AMELUNG, *Bemerkungzum Schutz des "befriedeten Besitzums"* in § 123 StGB, NJW, passim y en especial, p. 2082.

41. Vid. RUBENFELD, *The right of privacy*, en HLR, (102) 1989, p. 739: "El corazón del derecho a la intimidad siempre ha albergado un vacío conceptual". Para JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, REDC (20) 1987, p. 41, la intimidad tiene un sentido material (ius solitudinis), que toma del art. 2.1 LO 1/1982; vid., además, WARREN/BRANDEIS, *The right to privacy*, en HLR (4), 1890, p. 193: "el derecho a estar solo -the right to be alone-". Por su parte, MORALES PRATS, *La tutela penal* cit., alude al constante, a modo de camaleón, del concepto de intimidad, caracterizándola como la esfera íntima excluyente de injerencias exteriores, fundamentalmente del intervencionismo burocratizado (p. 27); este planteamiento conecta con el de RUBENFELD (*op. cit.*, pp. 783 ss.) que ve el ataque a la intimidad en la estandarización. En

goría igualmente artificial, pero funcional a su finalidad. Piénsese, con todo, que una cierta intimidad societaria o “vida privada social”⁴² no es impensable, antes al contrario. Por lo tanto, no se alcanza a ver el alcance que pueda tener el negar el derecho a la intimidad de las personas jurídicas⁴³ y reconocer, siguiendo la STC 22/1984, que el domicilio es el lugar donde se define la vida privada;⁴⁴ por más que se quiera hablar de que la inviolabilidad del domicilio es un derecho autónomo sin mayor conexión con el de la intimidad⁴⁵, al final se tendrá que reconocer que es vida privada social,⁴⁶ por más que se quiera eludir la cuestión.⁴⁷

Una entidad tiene sus propios aspectos que desea preservar del conocimiento ajeno (secretos comerciales⁴⁸ como fórmulas de productos, que ni tan sólo se patentan, por ejemplo)⁴⁹ y puede, incluso revistiendo carácter central o instrumental del objeto social, custodiar intimidades de terceros (bancos, asesores financieros, hospitales, ...). En propiedad, la persona jurídica y su actividad es una creación del lenguaje figurado; tal persona, en realidad no actúa nunca sino que, imputándole a una razón social unos hechos, lo hacen determinadas físicas. Si aceptamos sin rebozo un poder de representación otorgado por una sociedad anónima o una fundación, no veo razón en no poder aceptar con igual frescura el que esas u otras personas jurídicas gocen del derecho a la intimidad. Y no ha de olvidarse que lo que puede estar en la base del rechazo inicial a planteamientos de índole como el aquí manejado no es tanto el asociar el goce de ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas, sino un tema mucho menos académi-

pp. 30 y 31, amplía más satisfactoriamente, el concepto de intimidad al no ver sólo su agresión desde los campos públicos.

42. Así, DE LA HAZA, *Observaciones cit.*, pp. 4 y 5.

43. Así, CASAS VALLÉS, *Inviolabilidad cit.*, p. 186.

44. Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 192.

45. Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 190.

46. Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 194/5.

47. Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 193.

48. Cfr. OSTENDORF, *Kommentar cit.*, § 123, n. m. 8.

49. Vid. RUDOLPHI, *SK*, § 123, n. m. 4.

co, quizás más prosaico, pero de indudable mayor alcance, como es la relación entre ánimo de lucro y derechos fundamentales.⁵⁰ Sin embargo, nada se opone a que la obtención de un lucro lícito pueda compararse de modo directo o indirecto en un derecho fundamental. Por ello, resulta acertado el considerar que los aspectos constitucionalmente relevantes relacionados con la intimidad de las personas jurídicas tiene su asidero en la protección de la inviolabilidad domiciliaria y de las (tele)comunicaciones, es decir, en los párrafos 2 y 3 del art. 18 CE.⁵¹ Como señala RUDOLPHI, no se trata con la protección de los locales en cuestión de proteger la esfera de intimidad y del secreto personal, sino una esfera mercantil (y no lucrativa, habría que añadir también) de secreto y trabajo,⁵² a fin de que el proceso productivo no se vea entorpecido.⁵³ IV.- Toca ahora concretar el espacio físico en el que residenciar los derechos aludidos. Cabría pensar, en primer término, que la sede social pudiera dar cabal acogida al concepto de domicilio constitucional. Por un lado, resulta insuficiente, dado que aspectos no públicos de la empresa -determinados procedimientos industriales o fórmulas, por ejemplo- no se desarrollan en la sede social, que, en definitiva, no es otra cosa que unas oficinas más o menos aparentes; y aspectos como los reseñados forman parte indudablemente de la intimidad de la persona jurídica en cuestión. Valga señalar a este respecto que su divulgación o acceso ilícito podría resultar punible por aplicación de los arts. 497, 498 ó 499 CP; y estas son infracciones que atentan contra

50. La jurisprudencia constitucional norteamericana así lo ha entendido desde hace mucho tiempo; sin necesidad de remontarlos a la época regulacionista de los años 30 y 40 (cfr. BAUM, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica* -trad. Queralt Jiménez-, Barcelona, 1988, p. 171, donde se transcribe una significativa anécdota sobre el magistrado MacReynolds), incluso un derecho personalísimo como es el de la creación artística ha sido esgrimido por potentísimas corporaciones multinacionales; tal es el reciente caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios* (1984), a raíz de la polémica sobre los videoreproductores domésticos. La propia STJCE citada supra n. 14 contiene numerosos antecedentes al respecto.

51. Así, CASAS VALLÉS, *Inviolabilidad* cit., p. 195.

52. Cfr. RUDOLPHI, SK, § 123, n. m. 23.

53. Vid. *op. cit.*, n. m. 8.

la intimidad.⁵⁴ Por otro lado, empero, el concepto de domicilio y de intimidad de persona jurídica no puede dilatarse a todos y cada uno de los lugares en que exista un espacio o local en el que una persona jurídica ejerza sus actividades, pues ello resultaría chocante en grado sumo; piénsese, por ejemplo, en los campos o invernaderos de una explotación mercantil agropecuaria, en los astilleros navales o en una cantera, ... Pero, además, no puede dejar de considerarse que existe una pugna entre intimidad y actividad dedicada a insertarse en el tráfico jurídico. Y el objetivo de la persona jurídica, tenga ésta fin lucrativo o no, es el de, en una u otra medida, insertarse en las corrientes del tráfico jurídico y social. Ahora bien, en la medida que la persona jurídica está destinada a servir los deseos o aspiraciones de unas personas físicas, ha de preservarse, también, cierto ámbito domiciliario y de intimidad en lo que afecten a las personas físicas realmente titulares de la jurídica. Es esta una conclusión a la que obliga, como hemos visto, la interpretación jurisprudencial en este área. Pues bien, cuando la actuación de los poderes públicos se relaciona no con la imposición de gravámenes, cumplimiento de resoluciones y otros aspectos limitativos de las actuaciones y formas de actividad de la persona jurídica, sino que se relacionan con funciones de control o inspección, la entrada en sus locales por parte de agentes públicos no puede considerarse una entrada en domicilio constitucionalmente vedada.⁵⁵ En efecto, su entrada obedece a motivos de control o inspección que: i) no afectan a la

54. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Protección cit.*, p. 100; JORGE BARREIRO, *Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español* (arts. 497.499 CP), en RDP (87), 1982, p. 261; GARCÍA-VITORIA, *La intimidad cit.*, pp. 27 ss.; MORALES PRATS, *La tutela penal cit.*, pp. 188 ss.; QUERALT, *Derecho penal cit.*, 21992, p. 194; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, en *Derecho penal cit.*, II, p. 73; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, pp. 145, 146.

55. Con toda claridad BRANCA, *op. cit.*, p. 75, que aporta, además, la sentencia de la Corte Costituzionale 10/1971; cfr., así mismo, LEIBHOLZ/RINCK/HESSERBERGER, *Grundgesetz*, 61988 (1979), p. 370/1, MAUNZ, *op. cit.*, nn. mm. 11, 18; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 241991, § 123, n. m. 32; vid., igualmente, la fundamental sentencia del BVerfG 32, 54 ss.. Manifiesta su oposición a esta resolución DAGTOGLOU, *Das Grundrecht cit.*, pp. 760 ss.

intimidad de la persona física o jurídica, con la salvedad de la que pudiera verse afectada en particulares concretos (unos vestuarios, por ejemplo), dado que el bien jurídico en juego no es la intimidad ni personal ni social; e ii) obedece a las razones de inspección y control a las que la actividad de la persona jurídica o la empresa individual está sometida, dado que su puesta en marcha está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos legales, requisitos que pueden ser objeto de verificación, periódica o no; tal es el caso de la inspección que efectúan, por ejemplo, las autoridades laborales, fiscales, sanitarias o educativas. Téngase en cuenta, además, que si los libros de matrícula de la Seguridad Social o los de las cuentas de una empresa han de ser aportados a las oficinas públicas correspondientes para su visado e inspección, nada se opone a que tales actuaciones puedan ser llevadas a cabo en los locales de la propia persona jurídica.⁵⁶ Recuérdese, por otro lado, que por STC 110/1984 se declaró que la investigación de las cuentas bancarias no lesionan la esfera de la intimidad de las personas ni por el modo en que está prevista la carga de contribuir ni por el modo de llevar a cabo las inspecciones pertinentes. Si las cuentas bancarias no integran la esfera de la intimidad inaccesibles a los poderes públicos en materia de inspección tributaria y sin necesidad de recurrir a la obtención de un mandamiento judicial, menos aún lo integrará la organización de la actividad laboral de la persona jurídica en materia de derechos sociales de sus empleados y de seguridad e higiene⁵⁷, por

56. Así, el ATC 171/1989 (R.A. 1912/88), cuyo fundamento jurídico segundo textualmente afirma: “La invocación que se hace del art. 18.2 de la Constitución no puede ser tenida en consideración. El actor no denuncia una invasión de su domicilio, sino de las oficinas o almacén de una sociedad en la que es representante fiscal y sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo en los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad”.

57. Desde esta perspectiva no resulta absurdo que los Inspectores de Trabajo, por ejemplo, tengan carácter de autoridad (art. 17. 3 L 38/1962).

ejemplo. De lo que antecede cabe extraer una conclusión que confirma la hipótesis inicial sobre la que se levanta la restricción del dominio de una persona jurídica sobre los espacios cerrados que controla. A la vista del tenor de la letra del art. 87.2 LOPJ existen dos lugares diversos porque dos son los derechos diferentes que se ejerce sobre cada uno de ellos. En el domicilio se ejerce, para lo que aquí interesa, el derecho fundamental a la intimidad; sobre otros lugares o dependencias se ejerce, empero, un derecho constitucional de menor rango, como es el de propiedad.⁵⁸ El primero de ellos, dado su carácter de fundamental reforzado, puede ser opuesto con éxito a cualquier agente público que, para enervar dicha oposición, tendrá que acudir al órgano judicial competente para que en resolución motivada expida, si a ello hubiere lugar –como lo será de ordinario–, el pertinente mandamiento autorizando dicha entrada. El segundo de dichos derechos, el de propiedad, sólo puede ser opuesto –para lo que aquí interesa– con éxito ante una ejecución forzosa de la Administración, puesto que la autotutela administrativa ha sido reducida en su alcance por el texto constitucional, debiendo el ente público interesado recabar del Juez de Instrucción el preceptivo mandamiento de entrada domiciliaria o, simplemente, locativa; pero estimo que no puede ser opuesto a la realización administrativa de controles, inspecciones o verificaciones de las clases ya apuntadas. La novedad formal y material respecto del Derecho preconstitucional reside en la limitación de la autotutela administrativa, que queda circunscrita a márgenes más correctos y

58. Igual diferenciación queda sólo enunciada en GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad* cit., p. 858/9. Vid. la crítica de LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad* cit., p. 36, al enmascaramiento de intereses económicos bajo la capa de inviolabilidad domiciliaria. Sin embargo, la afirmación de este autor, a mi modo de ver no hace al caso, dado que se trataba en el supuesto enjuiciado en la STS 22/1984 de la demolición de una vivienda, y, como sabemos, la (i)legalidad del domicilio no le añade ni le priva de protección constitucional. Con todo, el Tribunal Constitucional sí ha tenido buen cuidado de distinguir, pese a las alegaciones de los recurrentes, cuando se trata de un local de destino domiciliario y cuando no; cfr. a este respecto, ATC 198/1991 en el que se solicitaba el amparo por, entre otras cosas, violación domiciliaria relativa a la demolición, por haber expirado con creces la concesión municipal, de un kiosco de bebida en la vía pública

soportables. V. De esta suerte, en los términos del ejercicio de la función de inspección y control públicos al que la persona física o jurídica por razón de su actividad está sometida, un agente público pueda ingresar en las dependencias que deba inspeccionar y controlar.⁵⁹ Entrada que, en todo caso, continúa vedada cuando el local o dependencia objeto de la función predicha sea el domicilio. Pero, como hemos visto, el concepto de domicilio social es sumamente vago y difuso, dado el fingimiento que supone hablar de intimidad de un ente artificial no humano. De no poder establecer una distinción entre domicilio y el resto de locales y dependencias, o lo que es lo mismo entre intimidad y propiedad, lo dicho hasta ahora podría caer, desde luego, en saco roto. El dilema acabado de exponer nos lleva a tener necesariamente que establecer un concepto de domicilio de las personas jurídicas que no haga ilusoria la diferenciación real y estructural que contempla el art. 87.2 LOPJ y que responde a la dinámica de dos derechos personales diversos. He señalado antes que, de acuerdo al criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, las notas que integran el domicilio son la intimidad por encontrar en él su sede y la vivencia. En otro lugar,⁶⁰ hemos destacado que los recintos o espacios en que está asentada una persona jurídica gozan de diverso tratamiento, según se destinen los mismos a que acceda a ellos el público en general o no. En una primera conclusión, puede reiterarse lo apuntado en materia de policía judicial: pese a la insuficiencia e inadecuación de la regulación procesal, pues está superada por el art. 18.2 CE, lo cierto es que el acceso e ingreso en las zonas abiertas al público en general pueden ser también penetradas por cualquier agente público, sin especiales requisitos. Por tanto, en el caso de tenerse que practicar una actuación que no sobrepasara ese límite ni requiriera una especial colaboración por parte de la persona jurídica, debería, analógicamente a lo prevenido en el

59. Lógicamente, la potestad de control o inspección debe de venir estatuida en una norma de rango legal; así PAPPERMANN, *op. cit.*, n. m. 20; MAUNZ, *op. cit.* nn. mm. 13b., 15. A este respecto es fundamental, de nuevo, la Bverfg 32, pp. 54 ss.

60. Vid. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual cit.*, pp. 112 ss.

art. 565 LECr, proceder a comunicarse tal hecho al encargado del local o dependencia y proceder a la realización de la diligencia sin más.⁶¹ Ahora bien, esta solución avanza muy poco en el terreno de hallar un justo equilibrio entre la protección del domicilio societario y la seguridad pública. Incluso en personas jurídicas, sea con ánimo de lucro o no, que dedican el objeto social a que se entronque en el tráfico jurídico, la mayor parte de sus locales e instalaciones, incluso no estando sito en alguno de ellos su sede social, no son accesibles al público y sólo lo son, en cambio, a sus directivos y empleados, y, en ocasiones, no a todos. Continuando situados en el campo de la inspección y controles administrativos, podemos hallar una propuesta de solución plausible si partimos de los supuestos más simples. Así, por ejemplo, parece evidente que no se requiere permiso o autorización del titular, aquí una persona física o jurídica, para verificar si la licencia administrativa de apertura de un establecimiento abierto al público reúne las condiciones de higiene y seguridad establecidas y que se proyectan tanto sobre los destinatarios del producto o servicio como sobre los trabajadores de la empresa: verificar, en el supuesto de una empresa de restauración, el estado de las cocinas, la vigencia de las revisiones mensuales de los empleados manipuladores de alimentos, instalaciones frigoríficas, sistemas de extracción de humos o de extinción de incendios, no es algo que deba contar con aquiescencia alguna del sujeto titular de la explotación. No creo que pueda afirmarse lo contrario en caso de verificación de instalaciones de más alto riesgo como depósitos de combustibles, o explotaciones mineras o de hidrocarburos, por ejemplo. No puede alegarse la intimidad, como ya hemos señalado, cuando la realización de la actividad, amén de tener vocación de destino público ingresando en el tráfico lícito, está supeditada, además, a control y verificación regular por parte de las diversas administraciones especiales para poderse prestar o ejecutar. Para introducirse en los locales o dependencias en los que las actividades privadas sometidas a inspección regular tienen lugar, entiendo que no es necesario per-

61. Vid., los mismos, *op. cit.*, p. 125.

miso alguno de la persona física o jurídica del titular. Y ello por la sencilla razón de que, cuando menos ante la Administración inspeccionante, no existe intimidación alguna que proteger en el área en que aquélla tiene conferida legalmente la inspección. Esta inspección regular se extiende, no sólo a la actividad productiva, es decir, al objeto social de la persona jurídica –objeto que por su propia naturaleza es público–, sino a aquellos aspectos más generales tales como los relacionados con la disciplina laboral -condiciones de prestación del trabajo y seguridad e higiene en el mismo, muy fundamentalmente- y fiscal. En estos supuestos ha de entenderse que sólo está incluido el ingreso en los locales de la persona física o jurídica con ocasión de una inspección ordinaria, sin que medie denuncia o sospecha de ilicitud en el comportamiento del sujeto a inspeccionar. Más allá de las inspecciones regulares por la propia naturaleza de la actividad del titular de los locales a penetrar, es decir, del objeto social, no puede ampliarse el concepto no inmune de domicilio a la ingerencia estatal. Así es: cuando los agentes de los poderes públicos tienen que proceder a la verificación de una irregularidad presunta, ya sea por denuncia, ya sea por los datos que hayan obtenido como consecuencia de la actuación del sujeto, no se puede ingresar sin el consentimiento de ese titular en el lugar donde la persona jurídica desarrolla su objeto social, puesto que los datos que se requieren y que se hallan dentro del recinto social ya no son datos a los que puede accederse por corresponder el control o inspección de los mismos. Esto tiene como consecuencia que, tanto para ejercer la potestad sancionadora en sede administrativa como en funciones de policía judicial, los agentes competentes de la investigación no pueden proceder de su propia autoridad a la entrada en los locales de la persona jurídica a fin de comprobar sus iniciales sospechas. La razón resulta, pues, simple: la intimidación permanece al abrigo de ingerencias de los poderes públicos y sólo mediante el consentimiento del titular del derecho o resolución judicial motivada podrán dichos agentes allanar legítimamente. El ingreso en los locales pasa en estos supuestos a ser un allanamiento domiciliario pues los agentes públicos buscan algo que no conocen ni pueden conocer mediante sus inspecciones y controles

periódicos. Esta formulación tiene como consecuencia una doble concepción del domicilio según se trate de realizar por los agentes una verificación regular o una investigación o comprobación ajena a dicha función. En resumen, se puede suscitar la cuestión de qué sucede sin el transcurso de un control administrativo los agentes se topan con la existencia de un delito⁶² desde el planteamiento constitucional, concebido el domicilio como sede de la intimidad, el art. 87.2 LOPJ ofrece dos lugares en los que pueden pretender penetrar los agentes públicos: los domicilios y otros lugares. El consentimiento del titular o la autorización judicial –prescindiendo aquí de los supuestos de flagrancia criminal que no son aquí del caso– será imprescindible cuando las fuerzas policiales actúen en funciones de policía judicial, en el curso de una investigación administrativa o para ejecutar forzosamente una resolución administrativa. No será preceptivo dicho consentimiento del titular o la autorización judicial cuando se deba proceder a ingresar en una dependencia que no tenga carácter de domicilio, por no ser sede de intimidad alguna, y estar dicha entrada requerida por el ejercicio de la potestad controladora o de inspección que legalmente corresponde a los diversos poderes públicos, y que se ejerce de modo más o menos regular o rutinario; en estos supuestos no puede hablarse de intimidad, puesto que los hechos cuya inspección requiere el ingreso en los locales en cuestión deben ser conocidos legalmente por la Administración para el recto ejercicio de sus funciones y tal control es condición del ejercicio de la actividad del titular del derecho en cuestión. VI.- Esta construcción supone una duplicidad⁶³ alternativa de supuestos, que, si bien puede resultar de

62. Sólo en el caso de flagrante delito podría considerarse el mantenimiento de la inmisión lícito; ello puede no ser infrecuente: piénsese en delitos permanentes que revisten, por lo general, el carácter de flagrantes, como ciertos atentados a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 499 bis, 1º CP); vid. ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, 1988, p. 36. En todo caso procede la denuncia y la toma de disposiciones a prevención sobre locales y cosas. Por su parte, BRANCA, *Comentario cit.*, p. 77, sostiene que el delito flagrante es la única posibilidad que los agentes administrativos practiquen investigaciones criminales.

63. Esta duplicidad no es más que una consecuencia del concepto informal de domicilio constitucionalmente hablando; cfr. DE ALFONSO BOZZO,

complejo manejo, pretende ajustarse lo más posible a la realidad constitucional. Así tenemos, que los locales donde el titular ejerza su derecho a la intimidad recibirán el calificativo de domicilio; esta calificación y correlativo acotamiento espacial será relativamente fácil para las personas físicas; estos locales gozan de inviolabilidad que sólo puede quebrarse si concurre un supuesto del art. 18.2 CE o el estado de necesidad. Sin embargo, no todos los lugares cerrados que pertenecen a una persona física o jurídica, y que convencionalmente denominaremos locales o terrenos, son sede de intimidad. Estos locales o terrenos son allanables, sin necesidad de autorización judicial, como se ha señalado, en los términos propuestos.

El posible conflicto podría surgir cuando, con ocasión de un ingreso administrativo no necesitado de autorización judicial, ni, por tanto, de consentimiento, el agente pretendiera acceder a recintos o documentos ajenos, en principio, a su función de control, inspección o verificación. Esta pretensión es claramente delictiva, constituyendo una variante del registro ilícito (art. 191.2, CP), si se verifica en la práctica; pero, además, todo ello supone conferir, como se ha apuntado, una doble condición a un mismo local: mero local o domicilio según si la actuación pública versa sobre hechos de su competencia o sobre la intimidad. El régimen jurídico de ambos supuestos es radicalmente diverso por estar en juego un bien jurídico constitucionalmente protegido como es un derecho fundamental, la intimidad, en el referido supuesto. Pero, pese a la identidad material del lugar en el que se realiza la acción, no puede pasarse por alto que lo decisivo es su objeto. Esta duplicidad no es, pues, una contradicción sino una consecuencia de la combinación de los factores en juego ya expuestos.

Sobre la inviolabilidad cit., p. 459.

**VÍCTIMAS Y GARANTÍAS:
ALGUNOS CABOS SUELTOS
A PROPÓSITO DEL PROYECTO
ALTERNATIVO DE REPARACIÓN^(1*)**

1. * Contribución al homenaje al Prof. Dr. H.c. mult Claus Roxin organizado por el Centre d'Estudis i Formació Especialitzada de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, mayo de 1994. Los artículos sin indicación del texto legal corresponden al CP 1995.

I. Planteamiento^{1**}

En los últimos tiempos; o quizás no tan últimos, las Ciencias penales, y no sólo las penales, vienen prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual y, muy singularmente, se han interesado por su dinámica en dicho contexto.

Ciertamente, la Historia, reciente al menos, del Derecho penal, desde que existe el Derecho penal liberal-democrático, es la Historia del delito, del delincuente, de la pena y, más recientemente, del estado peligroso y de la medida de seguridad. Así las cosas, se afirma unánimemente,² que la víctima no ha sido tenida en consideración ni en el diseño jurídico del Derecho penal sustantivo ni en el rito por el que se hace realidad la pena a imponer por el delito cometido.³

1. ** Entre la conclusión de este trabajo (mayo de 1994) y su primera publicación en España (primavera de 1997) ha sido promulgado el nuevo Código penal de 1995. En lo sustancial las líneas que siguen, entiendo, han de mantenerse. Se han introducido únicamente aquellos cambios forzados por alguna modificación legal puntual de la novísima normativa.
2. Vid., por todos, GARCÍA-PABLOS, *Manual de Criminología*, Madrid, 1998, pp. 76 y s.; en sentido similar, LANDROVE, *Victimología*, Valencia, 1990, pp. 22 y s. Por su parte, HASSEMER, *Consideraciones sobre la víctima del delito* –trad. Cantarero Bandrés–, en ADPCP (I), 1990, pp. 246 y s., explicando este abandono desde la perspectiva del análisis del Derecho penal como protector de bienes jurídicos, señala: “En esta concepción, la víctima es sólo una condición que posibilita la delimitación sistemática del “bien” o “interés” digno de protección”.
3. Con independencia de lo que se diga a lo largo de las presentes notas, echemos un vistazo a la LECr. Así, el art. 13 LECr establece: “Consideranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados,...”. Es decir, es obligación de la autoridad que intervenga por primera vez en unas diligencias policiales o judiciales, antes que cualquier otra, la de proteger al perjudicado. El radio de acción de este precepto es claramente auxiliador para la víctima, en evitación de que el mal que sufre –lesiones, por ejemplo– se agraven. Análogamente el art. 786, Primera, LECr estatuye: “...los miembros de la Policía Judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes: Primera. Requerirán que los acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido...”; aunque nótese que “ofendido” tiene menor alcance que “perjudicado”. Finalmente, tanto los arts. 101 y 109 LECr como el art. 781 LECr han de ser recordados; además, este último prescribe: “El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las

Por ello, no es de extrañar que cada vez más voces autorizadas de entre los penalistas se hayan ocupado de la víctima del delito desde la perspectiva, precisamente, de la víctima.⁴ Nace así, aunque no sólo de ahí,⁵ la *Victimología*. Y como consecuencia de la aparición de la *Victimología* se empieza a formular, cada vez de modo más coherente, una serie de procedimientos tendentes, por un lado, a disminuir los efectos de las denominadas victimaciones primaria y secundaria y, por otro, a poner en pie una serie de mecanismos legales que permitan dar una satisfacción de la pena, como castigo estatal al infractor.

De este modo, es lógico que las teorías de la reparación, sea cuales sean las formas materiales o simbólicas⁶ que deba o pueda adaptar, aparezcan en primer plano. En este contexto, me-

garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”.

4. Con razón, Silva, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática*, en *Criminología y derecho Penal al servicio de la Persona, Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 633 y s., sostiene que es compatible una teoría dogmática del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, no encerrada en sí misma, preservando el carácter lógico-abstracto. En sentido similar, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 21/2. Por mi parte, me he expresado con carácter general sobre la apertura de la dogmática a las Ciencias Sociales “latu sensu” entendidas, sin que por ello aquella deba perder su rigor, sino, antes al contrario, como necesidad, en *Praxis y dogmática jurídico penal*, en Foro Canario (83), 1991, pp. 93 y s.
5. La obra de von Hentig, *The criminal and his victim*, New Haven, 1948, que recoge algunos de trabajos suyos anteriores (cfr. Stanciu, *Les droits de la victime*, París, 1985, p. 10; in extenso, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s.), suele considerarse el pórtico de la *Victimología*. Acuña, al parecer, este término Mendelshon; vid., a este respecto, la breve historia que realiza LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 28. Más extensamente, cfr. Walklate, *Victimology. The victim and the criminal justice process*, Londres, 1989, pp. 1 y s., y GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s. De todos modos, ha de resaltarse que la *Victimología* no tiene siempre la misma intensidad ni siquiera la misma óptica; cfr., a este respecto, LARRAURI, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 232 y s.
6. El que las medidas de reparación no sean sólo materiales es algo en sí mismo evidente: o el victimario puede ser incapaz en todo o en parte de concluir una reparación completa a la víctima o la víctima no es una persona determinada; cfr. *Arbeitskreis Deutscher, Schweizerischer und Österreichischer Strafrechtslehrer Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AEWGM),

rece especial consideración el esfuerzo que un grupo de profesores alternativos alemanes, austríacos y suizos, con nuestro homenajeado de hoy, el Prof. Roxin, a la cabeza, ha desplegado para ofrecer una serie de alternativas a la pena,⁷ si, dadas ciertas circunstancias, el productor del delito accede a reparar de algún modo, no siempre materialmente, el daño que la infracción penal ha producido en la víctima.

Este intento, todo hay que decirlo, resulta especialmente moderado con relación a otros mucho más radicales que pretenden desde perspectivas abolicionistas⁸ una superación del Derecho penal, pese a ser éste su obligado referente,⁹ con la consecuente merma material para el restablecimiento de la conveniencia que la infracción ha producido de parte del haz de garantías materiales y procesales tan arduamente conseguidas a lo largo de la Historia de la cultura política y social. Ha de recordarse que estas garantías están diseñadas para proteger al ciudadano, presunto delincuente o no, del uso tradicionalmente inmoderado del *ius puniendi*.

Conviene, antes de entrar a valorar la adecuación global a nuestro ordenamiento de las líneas generales de las medidas alternativas a la pena y, en especial, de la más acabada propuesta en favor de la víctima que se ha hecho en los últimos tiempos, echar una ojeada, si bien somera, al estado actual de la relación del Derecho penal con la *Victimología*, pues algunas de las propuestas se deben, en buena medida, a un planteamiento muy convencional del que han hecho gala los propios penalistas contemporáneos.

Munich, 1992, pp. 43 y s., especialmente 43, 48, 49 y los §§ 2 (1).4. y 3 proyectados.

7. El ya citado *Alternativ-Entwurf* (n. 5)
8. Vid., una exposición en SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima (Con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional)*, en LA LEY –Argentina–, 23.1.1993, p.3
9. O lo que es lo mismo: sin Derecho penal no hay ni delito ni delincuente; por tanto, la protección de la víctima se volatiliza. Esto se entiendo, acertadamente, como una quiebra de las garantías básicas del Estado en el sentido de compromiso de protección de los más débiles; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p.27

En efecto, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se dio al traste con el modelo de estado previo a 1939, socabado ya por planteamientos relativistas y, por tanto, con él desapareció el modelo eminente y residualmente iusnaturalista y retribucionista de Derecho penal que desde el advenimiento del estado liberal-burgués había sido su fruto directo. De un lado, una mayor preocupación por el ser humano, no desde la perspectiva ideal más o menos roussoniana, sino desde una vertiente mucho más realista, se dio paso con plena carta de naturaleza al Estado social de Derecho que, a lo largo de los años sesenta y setenta, podría ser calificado, además, de democrático. Lógicamente, ello tuvo su influencia en el campo del Derecho penal, tanto en el terreno de la Ciencia como en el de la legislación y el de la jurisprudencia,¹⁰ prueba más acabada de ello nos la ofrece el Proyecto Alternativo alemán de 1968, del que, una vez más, el Prof. Roxin es uno de sus paladines.

Los rasgos fundamentales de este nuevo pensamiento jurídico-penal estriban en la necesidad de configurar la Política Criminal como medio orientador y comprensivo del Derecho penal, en el impulso de las garantías penales y en el desarrollo de principios tales como el de legalidad, culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, todo ello orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Las consecuencias directas de esta efervescencia, asombrosamente llevada a la práctica de modo abrumador para lo que suelen ser los movimientos teóricos, cabe encardinarlas en un doble haz de aspectos. Por un lado, nos encontramos con un pujante movimiento descriminalizador y un consecuente auge del abolicionismo. Ciertamente, si la misión del Derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos y ello sólo como última ratio y con carácter fragmentario, tal característica supone la desaparición de muchas conductas¹¹ y correlativo re-

10. La relación entre evolución política y Derecho penal puede observarse en las magistrales páginas de Mir, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 315 y s.

11. Aunque el propio Roxin hable, a la vista de los hechos, de huida hacia el Derecho penal en no pocas ocasiones; vid., por ejemplo, *El desarrollo de*

pliegue del ámbito de lo punible. Así las cosas, no es de extrañar que se clame por un abolicionismo del Derecho penal vista su autopropiciada mengua.

Pero este abolicionismo no siempre es directo y abierto, sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el Derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima, es decir, con la aparición de la *Victimología*. En efecto, en términos generales, la cultura penalística continental había dejado de lado la consideración de la víctima más allá de lo meramente indemnizatorio, y, aun así, limitadamente.¹² Desde una perspectiva global resulta ciertamente asistemático y, por tanto, lamentable, el mencionado olvido, puesto que, si se considera que la misión del Derecho penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos, no cabe olvidar que esos bienes jurídicos, singularmente, los de índole individual, representan, no sólo una quiebra del ordenamiento jurídico, con su consiguiente repercusión social –y, de ahí, la entrada en acción del Derecho penal–, sino que, además, el delito, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penalmente protegido, comporta, igualmente, un menoscabo que el titular del bien no sólo percibe sensorialmente, sino, y esto es lo más importante, sufre.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es la de ofrecer un mayor protagonismo a la víctima a la hora de buscar su satisfacción ante la producción del evento lesivo que el delito supone. Y no sólo eso; se pretende evitar la victimización secundaria, mediante la obtención de una satisfacción al detrimento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales.

Para ello se han ofrecido una serie de alternativas que, grosso modo, podemos sintetizar en dos apartados. Por un lado, están las corrientes doctrinales y, por ahora parcialmente implementadas, consistentes en lo que se puede denominar me-

la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo –trad. J. J. Queralt–, en *La reforma del derecho penal*, S. Mir ed., Bellaterra, 1980, p. 87.

12. Vid., por todos, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 22 y s.

diación.¹³ Otra corriente de pensamiento, también insuficientemente implementada hasta la fecha es la que representa el citado Proyecto alternativo de reparación. Este planteamiento resulta mucho más ambicioso y de mucho mejor diseño que la mediación de corte exclusivamente victimológico; y, es más: pretende sustituirlo,¹⁴ aunque, ciertamente, entronca con el movimiento que genéricamente cabría denominar diversión, originario del mundo anglosajón.¹⁵

Así las cosas, procede, antes de analizar las líneas maestras del Proyecto Alternativo de reparación, una verificación somera de la adecuación de este tipo de medidas extrapenales como reacción al delito. Para ello, conviene, en primer término, comprobar la adaptabilidad de las líneas maestras de la mediación a nuestro ordenamiento jurídico.

II. La mediación: algunos problemas

Entrando en el terreno de la mediación ha de señalarse que se trata de hallar una solución al problema de la victimización del sujeto pasivo del delito. Esta solución, y siempre con la idea de no incrementar dicha victimización, es decir, la victimización secundaria, pasa por que un tercero, el juez, normalmente, tercie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, incluso, entro los perjudicados, con el fin de evitar la prosecución del procedimiento y dar una satisfacción a la víctima, no necesariamente económica.¹⁶

13. Cfr. Walklate, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 119 y s.

14. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22 y s.

15. Vid. *op. cit.*, pp. 20 y s.

16. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 79; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22, 24, 26, 41 s. [§ 1.3 AE-WGM]; TAMARIT, *La reparación a la víctima en el Dret penal*, Barcelona, 1993, p. 94. Críticamente, en cambio, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, p. 126, sobre las posibilidades reales del sistema. En sentido similar, ampliando el radio de acción crítico por la poca atención de la *Victimología* a los nuevos delitos, HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s.; LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., recogiendo las críticas al optimismo victimológico embebido de las estadísticas y estudios, cuando éstos antes se despreciaban.

Las ventajas de este sistema, como de cualquier otro que suponga una finalización anticipada del Proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio, vienen determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la Administración de Justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: la víctima encuentra una solución al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular,¹⁷ con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas previas al juicio oral y en este mismo acto al daño que el delito en su día le causó.

Este modo de arreglo extrapenal al mal que el delito genera y comporta concomitantemente tiene una *fuerte carga psicológica*.¹⁸ Busca, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima.

A) Objeciones

Los inconvenientes político-criminales y dogmático-jurídicos que se oponen a este modo de encarar la problemática de la satisfacción debida –eso es indiscutible– a la víctima y evitar su ulterior y, en ocasiones, reiterada victimación son, a mi modo de ver, dignos de ser tenidos en consideración. Sin embargo, como no hay rosas sin espinas, algunos reparos, graves incluso, cabe formular a la mediación y procedimientos análogos. Por tanto, este método habrá de ser manejado, hechas, si ello es necesario, las reformas legales ad hoc, cum grano salis.

Veamos, pues, algunas objeciones. Así:

17. Cfr. *Alternativ-Entwuft* (n. 15), 1992, p. 34

18. Cfr. por ejemplo, Beristain, *La Victimología creadora de nuevos derechos humanos*, en *Victimología* (A. Beristain/J. L. de la Cuesta dirs.) San Sebastián, 1990, pp. 222 y s

1) Objeciones político-criminales

Desde el punto de vista político-criminal dos son los obstáculos que impiden la admisión con carácter general y serio de la mediación.

En efecto, por un lado, transforma el proceso penal en algo próximo al diván de psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real.¹⁹

Esta perturbación de la función político-criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como criminógena. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones sólo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción queda saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: hace el delito rentable, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general.

Político-criminalmente también resulta más que problemático que pueda hablarse de un sometimiento voluntario a la medición, cuando quien ésta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni tan siquiera está en la misma situación que la víctima. En efecto, de no acceder el victimario a la mediación, el proceso penal seguirá no sólo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima pudiera acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como a un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el juez podrá imponer la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita (ex. Art. 66,1).

A lo dicho, es decir, a la falta de simetría entre tales posiciones entre víctima y victimario, se añade un nuevo motivo

19. Extremo éste sobre el que Roxin, acuñado la teoría dialéctica de la unión, ya se pronunció en Sentido y límite de la pena estatal (1996), en *Problemas actuales de Derecho penal* –trad. Luzón Peña-, 1976, p. 25

político-criminal de desacuerdo, si se verifica el riesgo que a continuación se expone. Se trata de que, ante la negativa o imposibilidad a conciliarse con la víctima, al presunto victimario es posible que, como se ha dicho, se le incremente, dentro de los límites legales, la pena resultante. Ello tiene como consecuencia un diabólico efecto, a saber, hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. Con lo cual, el ejercicio de un derecho, que es un derecho previsto, incluso con rango de derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre el riesgo de convertirse en una carga. De este modo quedaría desvirtuado el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible.²⁰

Y es algo más que discutible, cuando se entiende que la voluntariedad de la participación en la mediación tiene como objetivo –objetivo que no podría alcanzarse, si no hubiera esta disponibilidad voluntaria del victimario– en pasar cuentas personalmente el autor y la víctima.²¹ Esto, ciertamente, tiene un claro componente moralizante que parece casar mal con los planteamientos normativos del Derecho penal moderno. Conscientes de ello, los autores del *Alternativ-Entwurf* afirman que esa disponibilidad voluntaria no ha de ser tomada desde un prisma ético. “Basta –señalan– una decisión voluntaria adoptada bajo la presión del Proceso Penal”.²² Aunque, en realidad, adoptar una decisión voluntariamente, no supone que se haya adoptado libremente, lo cierto es que se reconoce la presión y eso puede ser origen de muchos males futuros. O se afina en este aspecto o el remedio pudiera ser peor que la enfermedad.

20. Tan discutible, que el propio *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40 –s. o.- Cfr., en sentido similar, Beristain, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 223.

21. Así, expresamente, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40 –s. o.- Cfr., en sentido similar, Beristain, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p.223.

22. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 27,40.

Con todo, este expreso y rotundo pronunciamiento del Alternatif-Entwurf pone bien a las claras de manifiesto que, como mínimo, los peligros antes enunciados de que la negativa a conciliarse por parte del presunto victimario con su víctima le acarreen perjuicios. Y estos perjuicios se deben al intento de haber ejercido unos derechos legítimos.²³ Pero estos legítimos derechos no deben llevar, en mi opinión, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho penal –o, si se quiere, del sistema penal– que sustituya el in dubio pro reo por el in dubio pro víctima, tal como parece proponer Beristain.²⁴ Como señala Landrove, tal como hacen las versiones más razonables del actual movimiento victimológico, no hay que contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima: hay que limitarse a reclamar para la persona victimizada el protagonismo que ésta merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema legal.²⁵

Y aún cabría añadir algo más: la víctima, por el contrario, ya no tiene nada que perder e, incluso, pudiera reforzar su postura, lo cual, de otra parte, resulta igualmente legítimo. Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre victimario y víctimas.²⁶

23. Estos perjuicios no distan de los que se producen en los acuerdos de conformidad previstos en el procedimiento abreviado entre la acusación y el acusado. Sobre la dudosa judicialidad de estos acuerdos y sobre que este modo de poner fin al proceso sustrae a los órganos judiciales la exclusiva y excluyente función jurisdiccional, cfr. STS 17-6-1991 (Art. 4728).

24. Vid. Beristain, Nuevos derechos humanos (n. 17), 1990, p. 225; esta postura es más radical que la sostenida anteriormente: cfr. el mismo, Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados, en ADPCP (III), 1986, passim. Cfr., además, LANDROVE, Victimología (n. 1), 1990, p. 103, que siguiendo a Martínez Arrieta, La Víctima en el Proceso penal, en Actualidad penal (4), 1990, p. 44, se inclina en caso de conflicto entre derechos del victimario y de la víctima por los de ésta, contradiciendo su afirmación en sentido de que los derechos de la víctima no deben perjudicar a los del presunto culpable (op. cit., p.24).

25. Vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p.24

26. Cfr. HASSEMER, *Condiciones* (n. 1), 1990, p. 256/7

2) Objeciones dogmático-políticas

Desde el punto de vista dogmático-jurídico son bastantes los inconvenientes que se ven para implementar, incluso legalmente, esta nueva figura. En primer término, surge la objeción de una *privatización del derecho penal*.²⁷ Suprimido en 1983 el perdón, entonces don, de la ofendida, incluso una vez recaída sentencia,²⁸ la regulación del perdón del ofendido en el CP de 1995 ha experimentado un cambio sustancial. En primer término, deberá ser otorgado expresamente por el ofendido antes de que haya empezado a ejecutarse la pena (art. 130, 4º I).²⁹ En segundo término, con carácter general, el perdón deberá ser expresamente aprobado por el órgano judicial cuando se trate de menores o incapaces; tal es el caso de los delitos contra la intimidad (art. 201.2) y los delitos contra el honor (art. 215.3), los daños imprudentes (art. 267) y las faltas perseguibles sólo si media denuncia del agraviado (art. 639). En cambio, el perdón que será irrelevante cuando se trate de delitos de agresión, acoso o abuso sexual y la víctima sea un menor, un incapaz o una persona desvalida (art. 191.2). En todo caso, de acuerdo al art. 86, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena, lo cual constituye toda una novedad.

27. Cfr. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 252; aunque en otro contexto, el de la policía privada, LARRAURI, *Introducción al debate sobre la privatización del sistema penal: la policía privada, en Estudios Penales y criminológicos* (XIV), 1991, p. 195, alude a la mercantilización de la seguridad; ciertamente es un tropo acertado y de perfecta aplicación a nuestro tema.

28. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 96 y s.

29. Ya con la regulación anterior se había producido abusos, cuando no burlas abiertas, al remitir la admisión del perdón hasta que la sentencia firme diera pie a la ejecución de la pena. Recuérdese el caso de las injurias vertidas por un presidente de un club de fútbol contra otro compadre. Este proceso finalizó, tras agotar la vía procesal, a medio de la STS 8 de mayo de 1991 (Ar. 3605). Dado que el sujeto activo deseaba concurrir a las elecciones municipales convocadas a final de ese mes de mayo, el perdón se tramitó con una velocidad digna de mejor causa.

Pero, además, existe otra modalidad de facto de perdón. Así es, numerosos delitos son ahora sólo perseguibles previa denuncia del ofendido, salvo que afecte a múltiples perjudicados o a menores o a incapaces. En estas infracciones, como son, por ejemplo, los delitos societarios (art. 296.1), pero también, sorprendentemente, los delitos contra el mercado (art. 287),³⁰ se impide, por un lado, el acceso al ejercicio de la acción pública, tanto por parte del Ministerio fiscal como de los titulares de la acción popular. Por otro lado, si el denunciante, que normalmente se personará en la causa, decide apartarse, incluso tácitamente, del procedimiento, corresponderá al Juez decretar el archivo; lo mismo que, por otra parte, sucede en la práctica con delitos públicos como la estafa o la apropiación indebida o, incluso, con ciertas falsedades en documento mercantil o privado o público expedido a instancias de un particular (escritura de compraventa, p.ej.).

En estos casos, es decir, cuando quien de iure o de facto ejerce el impulso del procedimiento se aparta de él, cabe suponer razonablemente que ha existido un perdón, por lo general y no por *gratia et amore*, sino por haber obtenido el interesado una satisfacción. Es decir, el impulsor del procedimiento se aparta del mismo por haber logrado una reparación total o parcial a la que la puesta en marcha del proceso parece responder.

Por ello, no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho penal privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución.

Ahora bien, si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado,³¹ ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más. De esta

30. Vid. *Mi Derecho penal español. Parte especial*,³ 1996, pp. 437, 442 y s., por un lado, p. 603, para la publicidad abusiva (art. 282), por otro.

31. Cfr., también críticamente, SILVA SÁNCHEZ. *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, p.6, donde afirma: "A mi entender, instituciones que no son aptas para prevenir lesiones de bienes jurídicos esenciales ni respetan las garantías fundamentales no deben formar parte del derecho penal".

suerte, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil,³² que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo a estos descuentos interpersonales. De nuevo, una llamada al *principio de intervención mínima*, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal.

En cuanto a las infracciones más graves, no parece que más allá de las de carácter estrictamente económico y que afecten a sujetos individuales o, en su defecto, claramente individualizables, pueda hablarse de mediación, previa y preclusiva al proceso penal. Por ello, dejar, salvo en los casos que debiera intervenir el Ministerio Fiscal por razón del estado de la víctima, la persecución a que se interpusiera una querrela, previa certificación de la desavenencia extrajudicial, no sería, desde luego, una cuestión que hubiera que pasar por alto.

No obstante, estas posibilidades, es decir, la despenalización o el sometimiento a una condición de procedibilidad, también presentan inconvenientes y es posible que causen inseguridad jurídica, lo que no se puede decir que case bien con el sistema penal. En efecto, si ante ciertos supuestos o ante ciertos supuestos y en determinadas condiciones –por ejemplo, hurtos de menos de 100.000.- ptas.; cometidos por primera vez por menores de edad penal o, en todo caso, por menores de 21 años– se establece la previsión de la mediación, ello no supone estar en presencia de una auténtica descriminalización, sino, más bien, ante un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado. Y el perdón, no hay que olvidarlo, puede ser objeto de transacción o imposición.³³

3) *Objeciones sistemáticas*

Otro es aquí el obstáculo a considerar. Tal como se plantea esta medida victimológica, no queda claro, a mi modo de ver, un

32. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, pp. 2 y s.

33. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 97 y s., sobre lo acertado, en esta materia, de la supresión del perdón para determinados delitos operada por la LO 8/91983, de 25 de junio. Vid. Ahora, además, arts. 130, 4., 191.2, 201.2, 215.3, 267 y 639, ya mencionados.

aspecto determinante de la propia naturaleza ilícita del hecho que genera la mediación, a saber, su previa tipificación como tal y, consecuentemente, la previsión legal de qué sucede si los sujetos enfrentados por dicho ilícito no llegan a un acuerdo.

En efecto, salir del Derecho penal para volver al Derecho civil o a un Derecho intermedio de daños supone algo más que pretender generar la mediación desde una figura tal como el vigente art. 1902 CC.³⁴ La previsión legal de la culpa extracontractual es tan sumamente amplia, es decir, difusa, que hace perder de vista el carácter preventivo general de la tipificación de las infracciones penales. Pero, además, por otro lado, de no llegarse a un acuerdo fruto de la mediación, tampoco queda claro si la solución coercitiva a la que una instancia independiente llegaría para componer los intereses en juego sería el Juez penal o el Juez civil,³⁵ en caso de ser un

34. Posibilidad sobre la que advierte TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 23 al hablar de los ordenamientos anglosajones.

35. Ténganse en cuenta que los jueces como competencia exclusiva (jurisdicción positiva) y excluyente (jurisdicción negativa) juzgar y hace ejecutar lo juzgado: arts. 117.3 CE y 1 LOJP. Únicamente por ley y en garantía de cualquier derecho se les puede otorgar más competencias (arts. 117.4 CE y 2 LOPJ); sobre este particular, cuya enjundia sobrepasa estas líneas, vid. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 50 y s., en contraposición a PEDRAZ PENALVA, *De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano* (1976), en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Valladolid, 1990, p. 58, que mantiene, al menos históricamente, un concepto muy restringido de jurisdicción, limitado exclusivamente a la potestad de juzgar en el aspecto contencioso. Sea como fuere, habría que pensar si la función que habría que atribuir al juez es la de mediación o, más propia y rectamente, la de aprobación del acuerdo. Por ello, la mediación del Ministerio Fiscal (ex arts. 124.1 CE y 1 EOMF), es más, comprometiendo por partidos judiciales a funcionarios de dicha magistratura con carácter específico en la obtención de una conciliación a aprobar posteriormente por el juez, resultaría más adecuado; no hay que pasar por alto que el Ministerio Fiscal está ex constitutione habilitado para “procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social”. Este último inciso del art. 124.1 CE, reproducido en el art. 1 EOMF, se ha interpretado como una tautología (cfr., por todos, MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, p. 150): se reitera la protección del interés público. Ello sería cierto si se promoviera, como dicen los textos legales, la acción de la justicia en defensa, entre otros bienes, de ambos intereses. Sin embargo, lex data el interés social no se promueve mediante acciones, sino que se procura, lo que ciertamente no es lo mismo. Ello, en conexión con la dic-

Juez.³⁶ Si fuera el Juez penal, forzosamente debería llegar a la imposición de una pena, lógicamente, tras un proceso penal; si dicha instancia reparatoria de índole estrictamente privado que condenaría al infractor al cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Pero ambos planteamientos parten de un *prejuicio erróneo*, a saber: que, si existe una víctima es por que existe un daño, y que, si existe un daño, es porque existe un causante del mismo, causante que se termina casi de modo apodíptico. O lo que es lo mismo, el proceso de mediación, ya concluya civil o penalmente, si aquélla fue infructuosa, está encaminado a *imponer al causante reticente a pactar una sanción, civil o penal, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento*. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho.

Una orientación sesgada pro víctima es claramente distorsionadora; tiende exclusivamente a la reparación, olvidando los derechos del presunto autor del daño. Este olvido supone pasar por alto que el sistema penal moderno, incluidos sus aspectos procesales y sustantivos, nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se establecieran una vez depurada, si hubiera lugar a ello, la responsabilidad del infrac-

ción del art. 117.4 CE, que parece aludir a los procesos sin procedimiento (cfr. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, cit. supra, 1991, p. 54), pudiera interpretarse, lo tuviere en mente o no el constituyente, como un refuerzo en tales nuevas vicisitudes judiciales. De todas formas esa intervención debe ser creada por Ley, siguiendo la previsión del art. 781 I LECr, tras la reforma operada por la LO 7/1988. Sea como fuere, vid. Circular FTS 1/1989 y su crítico comentario en TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, pp. 71 y s.

Tampoco sería despreciable que tal mediación se llevara a cabo por las Oficinas de Protección a las Víctimas, tal como ocurre en otros países y en el nuestro de formal alega y experimental, pero con no poco éxito.

36. El art. 16 LO 4/1992 establece la posibilidad de que el Juez de menores suspenda el fallo si ha existido acuerdo extrajudicial entre el infractor y los perjudicados; el acuerdo no lo adopta ni la favorece el Juez, sino que se ha conseguido extrajudicialmente. Críticamente, por lo restrictivo de la regulación, TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 74

tor de acuerdo a un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law*.³⁷

La víctima, como veremos más tarde, y algunas alternativas al sistema penal tienen o pueden tener un asidero legal sumamente interesante en nuestro Derecho vigente, quizás como no ocurre en otros sistemas vecinos, sistemas que han generado las tendencias pro víctima tan acusadas y, lamentable es señalarlo, tan desfiguradores del sistema de garantías penales y procesales tan trabajosamente conseguido y aún no culminado.

Estos sistemas, basados en lo esencial, en el sistema acusatorio puro, desconocen la intervención ni accesoria ni como mero coadyuvante del acusador privado, del actor civil y, menos aún, del acusador particular. En efecto, si el fiscal, por las razones que fuere, decide en estos sistemas no acusar y negociar la pena (*plea bargaining system*), la víctima queda forzosamente al margen de la reparación. Este desamparo es motivador de quejas; sin embargo, lo que en nuestro sistema puede ser motivador de quejas no es la ausencia de posibilidades legales de intervención de la víctima, sino su no toma en consideración en muchos casos, en un claro ejemplo de actuación judicial y fiscal *contra legem*.

B) Concepto de víctima

No obstante, antes de proseguir queda por esclarecer un extremo que, desde luego, no parece obvio entre las corrientes victimológicas. Se trata, precisamente, del *concepto de víctima*.³⁸

37. Recuérdese que dicho principio nace en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; así, la Quinta Enmienda (*Bill of Rights*) establece, para lo que aquí interesa, el proceso debido como medio de operar judicialmente contra un infractor criminal.

38. Cfr. la detallada exposición que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s., con abundante información sobre la evolución conceptual. Otros autores, como por ejemplo, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 52 y s., o LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 39 y s., o más recientemente aún ROMERO COLOMA, *La víctima en el sistema penal*, en *Actualidad penal* (44), 1992, pp. 443 y s., se limitan a ofrecer listados y clasificaciones de tipologías sin formular un concepto unitario de víctima; de estos listados cabe entender que manejan un concepto amplio, no ligado siempre al de sujeto pasivo del delito. Un ejemplo de ampliación sensible del concepto de víctima lo ofrece VIANO, *Victimology: a new fo-*

En Derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico-penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo; junto a la víctima se hallan los perjudicados, es decir, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.³⁹ El paradigma del homi-

cus of research and practice, en *Victim's rights and legal reforms: international perspectives*, Oñati, 1991, p. 19, al considerar, por ejemplo, la Asociación Norteamericana de Madres contra los Conductores Ebrios (Mothers againts Drunk Drivers -MADD-) como una organización específica de víctimas. El *Alternativ-Entwurf* en su § 2 (1).2. parece limitar, en cambio, La reparación a terceros, sólo si a éstos, especialmente las aseguradoras, les han sido transferidos los derechos a reparación del ofendido; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 46; en sentido similar, aduciendo razones en pro de una delimitación, DUNKEL, *Fundamentos victimológicos generales de relación entre víctima y autor en Derecho penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 165.

Por otro lado, los textos internacionales son parcos en definiciones. Sólo la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (vid. *Infra* n. 57) contiene una definición de víctima que resulta, por lo demás, desmesurada.

Por su parte, QUINTERO, *Dos Problemas pendientes de la justicia penal*, en *Estudios penales y criminológicos* (XVII), Santiago de Compostela, 1994, p. 433, considera que bienes como el medio ambiente tiene por titular a "todos", según el art. 45 CE; así, para estos supuestos, cualquier persona podría considerarse víctima.

39. En sentido similar, al analizar la reforma de las faltas y la diferencia que cabe atribuir al ofendido en las que se dirigen contra la vida e integridad física y el perjudicado en las faltas contra la propiedad, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 98. Cfr. igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho Penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 77. En efecto, el actual art. 621.6 (heredero, en parte, del anterior art. 586 bis III CP-73) establece que las infracciones relacionadas en el art. 621, entre ellas el homicidio imprudente leve (art. 621.2), quedan sometidas a la denuncia del agraviado. Cabe preguntarse, si, dado que el finado, que por definición, ya no existe, estamos ante una infracción de hecho impune, o si podría presentar la denuncia su representante, pero ello supondría que los difuntos, de poder tenerlos, se perpetuarían en sus representantes (!), o, si el derecho de denuncia creado en la ley penal, es un derecho disponible mortis causa. Si ello fuere así, el causante podría impedir testamentariamente tal ejercicio a sus herederos; pero, de ser así, ¿qué sucedería cuando el heredero, legal o forzoso, fuere el Estado? Una mayor precisión terminológica hubiera facilitado las cosas. Cfr., a este respecto, mi *Derecho penal* (n. 29), ³1996, pp. 12/3 y GONZÁLEZ RUS, en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial, I* (Cobo dir.), 1996, p. 56; pasa por alto este hecho, MUÑOZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 121999, p. 39 y sin extraer conclusiones al respeto

cidio de un padre de familia es claro: el sujeto pasivo o víctima es el finado y el cónyuge supérstite y los hijos, en cambio, resultan ser los perjudicados.

La *distinción entre víctima y perjudicado* tiene trascendencia dogmática, político-criminal y procesal. Así es: por un lado, la relación del bien jurídico penalmente protegido con la víctima permite establecer la gravedad del ilícito por parte del legislador; de esta suerte la esencialidad del bien y la consecuente intensidad de la punición de la conducta lesiva del mismo se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, procesalmente, y con independencia de la acción popular, la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción penal y/o civil por parte de los perjudicados en sentido estricto. El caso del padre de familia que, por las razones que fuere, no desea perseguir judicialmente a quien le ha estafado, cierra el paso a sus hijos para ejercer cualquier acción penal o civil al respecto por considerar tal ilícito ha menguado, no ya su patrimonio, sino el contenido de su derecho de futuro sobre sí mismo.

Pero lingüísticamente y en el terreno puramente sociológico no es fácil poder hablar, como ya se ha mencionado, de delitos sin víctima.⁴⁰ Quizás por ello, el Derecho español ha re-

MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO y QUINTERO en tanto en *Comentarios al nuevo código penal* (Quintero dir.), 1996, pp. 694, 2.301 y 2.385, como en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996, pp. 50, 1.657, 1.671, respectivamente.

40. Oponiéndose a mi crítica a la reforma operada reciente por la LO 8/1992 de los entonces arts. 344 bis e) y 344 bis k) CPC-73, ahora 374 y 378 [vid. Mi *La reforma Penal y Procesal en materia de tráfico de drogas*, en *Actualidad Aranzadi* (96), 1993, p. 4], TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 51. Mantengo mi crítica a la regulación en los términos expuestos; y, además, no creo que en materia de tráfico de drogas se trate de “una modificación legal intrascendente” el que se altere el orden de prelación establecido en el art., ahora, 126 para imputar al culpable el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del delito, cuando sus bienes no den alcance para cubrir todas. El postergar las costas devengadas por el acusador privado y por el particular a que se satisfaga una multa millonaria es un auténtico despropósito. Y lo es porque las víctimas no dogmáticas del delito –no hay sujeto pasivo en la mayoría de delitos relativos al tráfico de drogas– recurren en España, cada vez más, a ejercer la acción popular. Remitir a estas personas con seguridad calendas graegas para resarcirles de los gastos que su representación letrada ha generado

conocido secularmente el derecho a la acción popular, derecho que tras la jurisprudencia constitucional.⁴¹ se ha convertido en un derecho a la acción penal incondicionado,⁴² sin necesidad de esgrimir derecho ni interés directo o legítimo alguno. El mero hecho, entre nosotros, de convivir en sociedad legitima el ejercicio de la acción penal a los ciudadanos españoles. Esta convivencia hace que, al menos en un plano ideal, trascienda a cualquiera un ilícito criminal.⁴³ Sin necesidad de llegar a ello, que representaría el maximum de victimización,

parece, desde luego, poco compatible con una protección a las víctimas reales del narcotráfico. Por ello es acertada la crítica que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, p. 85, al frívolo manejo de expresiones tales como “crímenes sin víctima”.

41. Vid., entre otras, la temprana STC 62/1983. De todos modos, lo que no tendría sentido sería efectuar un proceso de mediación con el acusador privado. La acción popular está pensada para poner en marcha los mecanismos del ius puniendi, coadyuvando o sustituyendo su puesta en marcha por los órganos primarios constitucional o legalmente habilitados al efecto. Por lo tanto, la acción popular no es una plataforma de negociación con el victimario.
42. Críticamente, por entender que, en no pocas ocasiones, se abusa de la acción popular, vid. QUINTERO, *Dos problemas* (n. 37), 1994, pp. 434 y s.
43. Considera que la coincidencia entre acusación particular y privada restringe el protagonismo debido a la víctima, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en *Victim` s Rights* (n. 37), P. 235. No se entiende en que medida perjudica a la víctima el que, incluso alguien que no haya resultado ofendida directamente en sentido jurídico-penal, es decir, sujeto pasivo de un delito, pueda ejercer la acción popular.

Sea como fuere, el CP de 1995 otorga a los interesados mayores de edad y mentalmente maduros, si la ofensa no afecta a múltiples perjudicados, el poder de poner en marcha el proceso penal y, de hecho, de paralizarlo, con el inevitable archivo. Así, con independencia de la previsión del art. 86, que otorga la facultad de intervención al denunciante o querrelante en la ejecución de la pena, el texto penal prevé la denuncia como motor del proceso en los arts. 162.1 (reproducción asistida incoherente), 191.1 (agresiones, acoso y abusos sexuales), 201.1 (revelación de secretos y otros atentados a la intimidad), 228 (abandono de familia e impago de prestaciones económicas judicialmente exigibles), 267 II (daños imprudentes), 287 (infracciones contra las propiedades intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores), 296.1 (delitos societarios), 456.2 (acusación y denuncia falsas), 620 (amenazas, coacciones y vejaciones leves), 621 (lesiones leves y homicidio por imprudencia leve), 624 (falta de alteración de lindes). La querrela se reserva únicamente para los delitos de calumnias e injurias (art. 215).

se echa en *falta* en la doctrina, como se ha puesto de relieve, la *precisión* de un *concepto de víctima*. Esta ausencia dificulta enormemente la implementación dogmática y legal de la cuestión. La prueba estriba en que, por lo que respecta al Derecho continental europeo, las relaciones en esta materia manejan un concepto estricto de víctima, llegando, todo lo más, al perjudicado.⁴⁴

Esta indefinición es peligrosa, pues impide precisar el alcance y destinatarios de la mediación. En los mal llamados delitos sin víctima, es decir, en aquellos delitos que se consideran de titular difuso, como pueden ser los delitos relativos al tráfico de drogas o contra el medio ambiente, no resulta aceptable que se hable de delito sin víctima. Ciertamente, por ejemplo, la familia del drogadicto, aparte de él mismo, son víctimas sociales del tráfico ilícito de estupefacientes; ciertamente, los vecinos del entorno son víctimas sociales de la emisiones antiecológicas.⁴⁵

Ahora bien, es obvio, que abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a *consecuencias desorbitadas*.

En efecto, pensemos, por ejemplo, en que la industria emisora de contaminantes llega a un acuerdo con los habitantes de las zonas afectadas para mejorarles una carretera o reparar la

44. Cfr. para Alemania, Austria y Suiza SEISER, *Die Rolle des Opfers in den Strafrechtssystemen der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, en *Opferrechte im Strafprozess. Ein europäischer Vergleich* (H. H. Kühne, ed.), AEL-Estrasburgo-Arlington, 1988, pp. 20 y s., 28 y 33 s., respectivamente, para Francia, cfr. HARD, *Die Rolle des Opfers im französischen Strafverfahren*, en op. cit., pp. 64 y s.; para Italia, cfr. AMMER, *Die Berücksichtigung von Opferrechten in der italienischen Strafprozessordnung*, en op. cit., pp. 81 y s. De nuevo sobre Alemania, cfr. TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993, pp. 28 y s.; sobre el mundo anglosajón, vid., el mismo, op. cit., pp. 19 y s. Sobre la situación en esos y en otros países, cfr. los trabajos de OLORUNTIMEHIN, PAXMAN, VAN DÜREN, EPPENSTEIN y SAPONARO en *Victim's Rights* (n. 37), pp. 193 y s., 201 s., 213 s., 247 s. Y 257 s., respectivamente.

45. LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, p. 235, se pregunta si un afectado por Chernobil se consideraría una víctima de Chernobil -s. a.-.

escuela o el parque locales. Ello no supone el cese de las emisiones ilícitas, sino, todo lo más, por así decirlo, el abono de un canon, que puede satisfacer a los más próximos, pero no a los titulares del medio ambiente que son los miembros de la comunidad en general y no sólo los habitantes de la zona en cuestión. Piénsese, siguiendo este orden de razonamientos que, como parece ser ha ocurrido en algún país latinoamericano, los grandes grupos de narcotraficantes hayan invertido, cuando no literalmente regalado, grandes cantidades de dinero entre las capas más desfavorecidas socialmente. Ello, como es obvio, no quita para que el tráfico ilícito de estupefacientes siga siendo una lacra y siga devastando amplios sectores sociales.

Así las cosas, *el término víctima ha de ser perfilado seriamente* por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho penal como cuestión previa a qué es la mediación, sobre qué hechos se media, entre quiénes se media y con qué resultados se da por concluida satisfactoriamente una mediación.

C) *Las garantías constitucionales y procesales*

No cabe duda, para finalizar este apartado, que, con independencia de las previsiones legales en vigor,⁴⁶ la víctima es, en una extensa gama de supuestos situacionales, la gran olvidada en la práctica penal cotidiana,⁴⁷ afirmación que se ha convertido ya en tópica.

Dejando de lado algunos delitos, en los que la provocación del sujeto pasivo o su predisposición a la situación de la víctima, los llamados *delitos de intervención*,⁴⁸ situación de la vícti-

46. Cfr. BUENO ARÚS, *La atención a la víctima del delito*, en Actualidad Penal (27), 1990, pp. 297 y s.; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s.; TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993. Vid., además, de De VICENTE REMESAL, *La consideració de la víctima a través de la regulació del dany en el dret penal espanyol: possibilitats actuals i perspectives de futur*, en *Política criminal y nuevo Derecho penal* (Silva Sánchez ed.), Barcelona, 1997, pp. 198 ss.

47. Vid., por todos, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal* (trad. F. MUÑOZ/L. ARROYO), 1984, p. 89.

48. Vid. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1981, pp. 54/5; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 59

ma que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena,⁴⁹ lo cierto es que la víctima no es percibida como tal, es decir, como persona dañada por ser la más débil en la relación victimario-víctima, y no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra. Esto ya es *communis opinio*.⁵⁰

Para empezar, las *fuerzas policiales*, con poca formación victimológica general, en consonancia con otros déficits del resto de su formación y pese a algunos esfuerzos recientes, no saben qué hacer con la víctima, más allá de llevarla, si está lesionada, a un centro asistencial u hospitalario. De todos modos, el nuevo CP establece en el art. 639 que, pese a que algunas faltas sólo son perseguibles si media denuncia, *ello no obsta a la práctica de las diligencias prevención por parte de las autoridades policiales y del Ministerio Fiscal*. Si ello es así para las faltas, con mayor razón lo será para los delitos que se someten a igual condición de procedibilidad, algo que expresamente no está previsto en el Código penal, salvo, curiosamente, para los daños cometidos por imprudencia grave (disp. Adicional 3ª LO 10/1995). Quizás la existencia de, por ejemplo, los art. 13 ó 781 I-LECr, que impone la protección de la víctima, sea cual fuere el delito, entre las primeras diligencias, es decir, las *diligencias prevención*. Sin embargo, la información sobre el estado de las investigaciones policiales y/o judiciales, así como el número que recibe su expediente y el órgano que va a dirigir las investigaciones es algo que, incluso para la propia Poli-

y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Introducción a la Victimodogmática*, en IV Semana de Derecho penal de Las Palmas.

49. Vid. SCHÜNEMANN, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtsflege*, II, en NStZ, 1986, p. 442 –a quien sigue SILVA SÁNCHEZ, *Introducción* (n. 47), 1944, p. 19-, quien se formula la siguiente pregunta: ¿acaso puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no encierra un peligro susceptible de lesionar bienes jurídicos, sino que sólo adquiere dicho carácter peligroso a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima? La respuesta, a mi entender, y siguiendo a ambos autores, ha de ser naturalmente negativa.

50. Cfr., a título de ejemplo para lo que sigue, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 98 y s., 102 s.; WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 108 y s.; PETERS, *La Policía y las víctimas del delito, en Victimología* (n. 17), 1990, pp. 27 y s.; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 16 y s.

cía, es sumamente difícil de saber, debido al sistema de asignaciones vigentes, sistema que *no* se caracteriza por su *previ-sibilidad ni transparencia*.⁵¹ Y ello con independencia de que un cierto *secreto y mutismo*, sin base legal alguna, envuelve la actuación policial, llevándola casi al terreno del arcano. Esta consideración socialmente muy arraigada, favorece prácticas policiales opacas, pretendidamente ancladas en un inexistente espacio libre de Derecho y, por tanto, ajenas a todo control, provenga éste de la víctima, del juez, del Ministerio fiscal, de la opinión pública o, incluso, del propio presunto autor.

Es un tópico señalar que, de proseguir las investigaciones, a la víctima o a los perjudicados se les volverá a tomar declaración en un ambiente, por lo general, inhóspito y, en ocasiones, previa larga espera, no infrecuentemente compartiendo banco, con el victimario y/o sus allegados y, si procede, en presencia de la representación letrada de éstos. Esta situación se agrava, con interrogatorios, idas y venidas a los Juzgados, cuando, por las razones que fuere, la víctima nada más lejos mejor al hecho de infausta memoria. Y ello sin tener en cuenta los gastos de personación, los de reparación o reposición que debe abonar desde el momento siguiente al deterioro o pérdida del bien y una crónica falta de información fiable.⁵²

Ahora bien: una cosa son estas disfunciones u otras parejas, no sólo imputables al sistema judicial español, y otra muy distinta alterar el sistema de garantías,⁵³ incluso las de la propia víctima, por mor de una pretendida mayor eficacia, menor

51. Este aspecto, además, guarda estrecha relación con un derecho fundamental del justiciable, sea víctima o victimario: el del juez predeterminado por la Ley. Este derecho, hoy por hoy en España, apenas alcanza un cumplimiento insatisfactorio ante la pasividad de los propios órganos judiciales.

52. El propio horario de atención al público de los Juzgados, el empecinamiento de algunos funcionarios judiciales en sólo dar la información a través de la representación, y no al interesado, y el mero hecho de localizar el expediente son algunos de los modos habituales de consideración de la víctima en la práctica forense española.

53. Vid. La propuesta que efectúa TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, pp. 157 y s. De fórmulas de favorecimiento de la reparación en el seno de un modelo garantista –s.a.–.

coste social y mayor nivel de reparación o satisfacción de los que han sufrido la lesión que el delito representa.

Entre las disfunciones no es menor la perspectiva con que, en ocasiones, las administraciones públicas abordan la reparación lato sensu debida a la víctima y otros perjudicados, cuando, tratándose de aportes dinerarios, éstos son a cargo de cajas públicas. Así, por ejemplo, para proteger jurídicamente la vida e integridad física y mental de las personas no basta con una alteración simbólica en la sistemática positiva, tal como ha efectuado el CP 1995, que inicia la Parte Especial con los delitos contra la vida humana independiente. Hace falta algo más: y ese algo no es más que una tutela judicial que, cumpliendo a pies juntillas el programa constitucional, sea realmente efectiva. Y no podrá ser realmente efectiva tal tutela judicial si, por más celeridad que intenten imprimir los órganos judiciales a las causas penales en las que se enjuicia una lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal, que depende en no poca medida del Poder Ejecutivo, no cumple taxativamente con las funciones para las que está diseñado constitucionalmente; entre otras “promover la acción de la justicia” (art. 124.1 CE), aun cuando los acusados sean funcionarios públicos o el responsable civil sea un ente público. Igual recriminación ha de hacerse a la actuación de la Abogacía del Estado, cuando, en un torticero entendimiento del derecho a la tutela judicial de un ente público –en este caso del derecho al recurso–, dilata el cumplimiento de una sentencia mediante la interposición de recursos a los que es más que dudoso que tenga derecho constitucional. Que un *ente público, alegando tan discutible derecho fundamental a la tutela judicial, deje sin efecto el derecho a la tutela de un ciudadano –sujeto cabal de los derechos públicos fundamentales– es algo más que sorprendente.*

Así, por ejemplo, piénsese, por ejemplo, en un homicidio frustrado en la persona de un recluso. En este supuesto la Abogacía del Estado acepta ante la Audiencia –obligada por la doctrina jurisprudencial más reciente SSTS 20.10 y 26.12.1989, 23.1.1990, entre otras– el pago a cargo de Instituciones Penitenciarias de ciertas indemnizaciones; sin embargo, al formular el recurso de casación contra la indemnización a la que ha

sido condenada la Administración Pública –condena de todo punto racional, dicho sea de pasada: indemnización al recluso y a su familia por el daño sufrido, más una serie de pensiones vitalicias por el estado de coma en que se encuentra irremediabilmente sumido aquél-, abandona su posición inicial y niega cualquier derecho reparador a la víctima, alegando la doctrina legal ya periclitada. Lógicamente, aparte de inadmitirse el citado recurso –ATS 28.7.1993–, se afirma que nadie puede ir contra sus propios actos –f. j. 1-. Erradicar estas, llamemos, divagaciones, sería mucho más efectivo para la vida –y otros no menos relevantes derechos, fundamentales o no que el cambio situacional de los preceptos.

No hay que pasar por alto que, curiosamente, es en los delitos contra las finanzas públicas españolas (no las comunitarias), si el elusor de impuestos o cuotas a la seguridad social, regulariza, dentro de unas determinadas condiciones su deuda, queda exento de pena, lo que supone un planteamiento vicimológico, cuando es el Estado de la víctima.⁵⁴

Por lo tanto, al mismo tiempo que se estudia seriamente la descriminalización de no pocas conductas o se somete a la condición de persigüilidad de denuncia o querrela ha de procederse vigorosamente a instaurar un sistema de reparación, auxilio e información de las víctimas.⁵⁵

54. Sobre esta polémica y su anclaje dogmático, procesal y político-criminal y las consiguientes posiciones entrecruzadas, cfr. mi *Derecho Penal* (n. 38), 31996, pp. 637 y s.; MORALES PRATS, Parte Especial (n. 38), 1996, pp. Y 743 y s.; el mismo, Nuevo (n. 38), 1996, pp. 1387 y s.; MUÑOZ, *Derecho penal* (n. 38), 121999, pp. 996 y s.

55. A este respecto debe recordarse la evolución de los pretextos punitivos en materia de responsabilidad patrimonial ex delicto administrativa derivada de responsabilidad penal de agentes y empleados públicos. En efecto, en una línea claramente antivíctima el art. 122 II del Anteproyecto de 1992, al regular la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones públicas y demás entes públicos (por ejemplo, RTVE, el INSALUD, RENFE, CNMV, ICAC,...) ordena a los tribunales que se abstengan de pronunciarse al respecto; quien desee ser resarcido ante la insolvencia del funcionario debe acudir a un nuevo pleito, en esta ocasión una reclamación administrativa y, casi seguro que, con posterioridad, contencioso-administrativa.

A este Proyecto se presentaron 1.368 enmiendas y no todos los grupos enmendaron el privilegio de los entes públicos y el peregrinaje de las víc-

Así las cosas habrá que partir de un hecho obligado en la legislación jurídico-penal española: la víctima no está precisamente postergada en nuestros textos legales, ni sustantivos ni rituales.⁵⁶ Es más, algunas propuestas efectuadas en el Derecho y prácticas comparados responden a la carencia en sus ordenamientos jurídico-penales de referencia de un status victimológico. Si no se atiende la realidad normativa española, se corre el riesgo de que, junto a la entrada y aplicación de los nuevos planteamientos ideológicos en materia de *Victimología*, hasta allá donde sea constitucionalmente posible, se produzca una redundancia o solapamiento normativo que, en definitiva, se volverá contra quien se quiere proteger: la víctima.

Estos límites constitucionales y legales, no sólo no han de respetarse, dado que *proceso penal*, hay que reiterarlo, está

timas. S.e.u.o. enmendaron EA (enmienda n. 53), PNV (155), CDS (569), IU-IC (700) y PP (971 y 972). El PSOE propuso, mediante una enmienda técnica, concordar el art. 122 con la L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. CiU no enmendó.

El Anteproyecto de mayo de 1994 en su nuevo art. 119 eliminaba el párrafo segundo citado e introduce uno nuevo, en consonancia con la L 30/1992. Esta Ley en su art. 146.2 establece una clara traba al ejercicio simultáneo de la acción penal y civil; en el mismo sentido en nuevo párrafo segundo del art. 119 del Anteproyecto. La antigua legislación administrativa reducía algo más que la presente, pero con idéntico abuso de poder, la acción patrimonial contra la Administración –sujeto que se amplía al ente público- derivada de delito, privilegio que el Consejo de Estado había, en la práctica, acertadamente hecho añicos; cfr. Carro y Fernández-Valmayor, *Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa*, en RAP (100-102), 1982, pp. 1192 y s. Por supuesto, queda olvidada una posible interpretación del art. 106.2 CE que entienda la responsabilidad patrimonial de la Administración –Administración en sentido estricto-, en todo caso, como directa; cfr. mi, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 449 y s.; *Introducción a la Policía Judicial*, Barcelona, 3^a 1999, pp. 299 ss.

El proyecto de 1994 en su art. 119 II contiene una previsión mucho más ajustada a la defensa de la víctima: la única obligación que impone al interesado es la de ejercer junto a la acción penal la civil con la Administración por responsabilidad subsidiaria. Si bien es discutible tal imposición, no obliga a reiniciar un procedimiento administrativo. Se mantiene, empero, la inclusión, junto a las Administraciones, la de los “entes” públicos. Así ha pasado al art. 121 II vigente.

56. De otra opinión, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España* en *Victim's Rights* (n. 37), *passim*.

concebido para *averiguar* la existencia de un hecho, cuya perpetración comporte un castigo y la *imposición y ejecución del castigo* mismo, sino que algunas de dichas garantías constitucionales y legales dan pie para cuestionar precisamente la permanencia de dichas garantías, si se admite sin las debidas reservas las alternativas que la reparación, y, en su caso, la mediación implican. Así, pueden objetarse,⁵⁷ singularmente a la voluntariedad que se predica del imputado a la hora de acogerse a esta modalidad de alternativa la pena, desde las siguientes perspectivas:

1) *Presunción de inocencia*⁵⁸

El sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo. Esta reparación, además, no es consecuencia de un proceso, sino un modo anómalo de evitarlo. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor. La actual proclividad de los abogados de oficio, o de confianza, a llegar a acuerdos, que animan a sus (forzosos) clientes a pactar con el Ministerio Fiscal la pena, da una idea de por dónde pueden discurrir los tiros. Ello sin contar con la premonición, con harta base empírica, de que en ante no pocos juzgados y tribunales, no acceder a una conformidad comporta un incremento de pena hasta allá donde sea legalmente posible.

57. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 256, afirma: “El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate: la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a “comprender” sino que tiene que tener la oportunidad –incluso frente a la víctima– de rechazar esa “comunicación” y oponerse a la imputación”. Y, a renglón seguido, añade: “Tampoco la víctima debe ser llevada –ni siquiera con tácticas específicas– a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar”. Y finaliza, señalando: *La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos*, ni siquiera en los delitos bagatela (...). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de “presión comparativa” –s. a.–.

58. LANDROVE, *Victimología* (n1), 1990, p. 103, afirma que la presunción de inocencia rige en principio. No se ve el por qué de esta limitación en atención a la víctima, pues se trata de un derecho fundamental incondicionado.

2) Principio de igualdad

No todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima. Ello tiene como consecuencia que, ante hechos análogos, unos sujetos puedan eludir la pena de prisión y otros no. Así, por ejemplo, el delincuente habitual contra la pequeña propiedad podrá verse abocado al presidio, mientras que el ejecutivo depredador podrá evitar dicho lamentable evento. Además, ante tales desiguales objetivos, los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, perpetuando la frase de Baroja: “La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vestido”.

3) Principio de oportunidad

Desde otra perspectiva, pero enlazando con lo anterior, los Jueces y el Ministerio Fiscal podrán ver la posibilidad de dar carta de naturaleza al, por algunos considerado tan encomiable, principio de oportunidad, sin mayores trabas. Se diluye así el principio de legalidad y de oficiosidad, no en función de causas tasadas, sino en función de paradigmas fácticos desconocibles *a priori*, entre los que la estadística no es el menos desdeñable. Con ello se aumenta el riesgo de caer en la *arbitrariedad* en la selección de los casos relevantes formalizando dos circuitos penales diversos.

Además, existe el peligro de que la posibilidad de reparación motive más a los operadores judiciales en aquellos tipos de delitos más estandarizados, relegando, incluso en perjuicio de la víctima, aquellos menores, pero cuya reparación sea más que problemática.

4) Principio jurisdiccional

De acuerdo al art. 117.3 CE los *Jueces* ejercen de forma *exclusiva y excluyente* la función *jurisdiccional*, que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado.

En el caso de la reparación o mediación que tiene lugar ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio Fiscal en igual fase, y, en todo caso, antes del juicio oral, resulta que el Juez

deberá estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima y victimario, sea éste el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal.

Las dudas que ha suscitado la llamada *conformidad* del procedimiento abreviado y que alguna Sentencia del Tribunal Supremo ha aceptado por no haberse ejercido la potestad jurisdiccional,⁵⁹ se revela aquí con mucho mayor vigor. En efecto, la instrucción sólo puede acabar con archivo, por causas legales, o con apertura del juicio oral.

La reparación o mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el Ministerio Fiscal deja de ejercer la acción –pues hay que suponerlo implicado en la negociación– y el Juez –pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por víctima y victimario– certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva.

Este modo de proceder me parece incompatible con el diseño constitucional tanto de la función jurisdiccional como con el de la función del Ministerio Fiscal, salvo profundas reformas legales.

D) Admisibilidad

Por tanto, y para concluir, la mediación y reparación, en principio han de ser aceptadas como reorientación, no tanto de los fines de la pena, sino como alternativas cabales a las mismas.

Hasta dónde se puede llegar, es decir, qué hechos pueden solventarse a priori mediante mediación y/o reparación y puedan ser extraídos ya de los textos penales y hasta dónde puede ser sustituida la pena, y no sólo la pena, y no sólo la pena privativa de libertad, es algo que requiere una ulterior, profunda y extensa discusión.

Ahora bien, lo que parece fuera de toda duda es que, efectuada legalmente la descriminalización que se quiera, la reparación o mediación sólo puede ser *constitucionalmente efectiva*, además, en su caso, de deseable, si tiene lugar en el seno de un

59. Vid. supra n. 22.

procedimiento regular, finalizado por sentencia en la que se recogen los modos, formas y maneras de tal sustitutivo penal.

III. Líneas de implementación de la reparación a la víctima

A) Replanteamiento

Visto lo expuesto, y en mayor conexión con nuestro vigente ordenamiento, el sistema de reparación parece admisible. Ello no comporta que algunas de las objeciones vertidas, más bien reservas a la hora de su implantación de *lex data*, hayan de caer en saco roto.

Partiendo de la admisión, siquiera condicional de la reparación, son *varios los objetivos* que, de modo prácticamente inmediato, bajo mi punto de vista, habrían de ser acometidos. El primero, *sin necesidad de reforma legal* alguna, consistiría en instar a los Instructores que *abandonaran la tramitación rutinaria de las piezas separadas de responsabilidad civil*. Este objetivo es básico y prioritario para acometer cualquier modificación de hábitos, previa a la de normas. Así es: cuando un imputado traspasa el umbral del Palacio de Justicia, por no se sabe qué extraña razón, se convierte en pobre de solemnidad, pese a haber llegado, como ha ocurrido en más de una ocasión, a las dependencias judiciales en un coche de quitar el hipo.

En segundo lugar, procede ampliar urgentemente las medidas de reparación patrimonial con cargo a un *fondo estatal* que vaya más allá de los delitos de terrorismo y de las indemnizaciones a ciertos transportistas cuando ven quebrantado su negocio en el extranjero.⁶⁰

60. Cfr. de lege data, TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993, pp. 76 y s.; de lege ferenda, BENITO ALONSO, *Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España*, en *La Ley* (3), 1988, pp. 885 y s. Con especial referencia a *La reparación debida a delitos terroristas*, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s. A este respecto, constituyen un punto de partida normativo las leyes 35 y 35/1995, ya citadas (n. 39), aunque claramente insuficientes.

Así es: pese a recomendaciones de organismos internacionales⁶¹ en este sentido y de legislación comparada⁶² que se ha adelantado a las mismas o ya las ha implementado, la práctica legal española camina aún lejos del horizonte deseable. Recientemente, con ocasión de la penúltima reforma de los delitos relativos al tráfico de drogas –LO 8/1992–, y dejando aparte algunas perlas legislativas que dicha reforma contiene,⁶³ lo cierto es que para estos delitos y los conexos, como son el blanqueo de dinero, se ha alterado la prelación en la responsabilidad patrimonial del sujeto, pasando a ser el Estado el adjudicatario *ex lege* de todos los bienes incautados, previo paso por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ciertamente es innegable que el tráfico ilícito de drogas produce una palpable devastación social en campos que van más allá de la salud pública. De ahí, además de otras consideraciones y la censura que merecen, las equivocadas penas draconianas previstas sin alternativa alguna sería de carácter terapéuti-

61. Vid. NACIONES UNIDAS, *Declaración de Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abusos de poderes* (Resolución de la Asamblea General 40/34, de 29 de noviembre de 1985); CONSEJO DE EUROPA, *Convención europea sobre La reparación a las víctimas de delitos violentos*, de 24 de junio de 1983; CONSEJO DE EUROPA (Comité de Ministros), *Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal* [R(85) 11, de 28 de junio de 1985]. Estas resoluciones pueden verse, la primera y la última, en LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 64 y s., 57 s., 45 s., respectivamente. Cfr., además, sobre estas resoluciones, que son glosadas, y otras declaraciones y recomendaciones de asociaciones científicas o gremios técnicos de organismos internacionales, especialmente el *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente* –Milán, 1985– y la *Declaración sobre Justicia y Asistencia para las víctimas*, emitida por la SOCIEDAD INTERNACIONAL DE VICTIMOLOGÍA –21 de mayo de 1985–, BÉRISTAIN, *Derechos humanos de las víctimas* (n. 23), 1986, pp. 731 y s. De interés resulta la sistematización que efectúa sobre la Resolución del Consejo de Europa y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima*, en *Poder Judicial* (18), 1990, pp. 82 y s.
62. Vid. supra n. 43 y, además, BUENO ARÚS, *La atención* (n. 45), 1990, pp. 309 y s.
63. Cfr. mi *La reforma Penal y procesal* (n. 15), 1993, pp. 2 y s., con relación, por ejemplo, al silencio de la Ley para *establecer de dónde procede la droga en las entregas vigiladas*, tal como regula (?) el nuevo art. 263 bis LECr.; vid.; ahora, en *Derecho penal* (n. 38, 31996, pp. 791 y s.

co, preventivo o reparador. Por ello, no hubiera estado más que, en lugar de esa alteración legal del sistema de prelación de los abonos patrimoniales de los declarados culpables, se hubiera destinado lo incautado, en vez de a la Policía [art. 344 bis e) CP-73], a la *creación de un fondo nacional* de ayuda a toxicómanos y a sus familias, cosa que no se ha llevado a cabo, sino de modo más que paupérrimo con la L 36/1995.

A este respecto, además de lo ya señalado sobre la *alteración de la prelación en materia de responsabilidad civil* tal como la generaliza el actual art. 126, no se tiene en cuenta que proviene de una reforma parcial de 1992 en materia de tráfico de drogas y que, una vez más, lo especial ha devenido general, practicándose así una política criminal descontextualizada y poco atenta, para que lo que aquí interesa, para con las víctimas.⁶⁴

Algunas de las críticas vertidas a la regulación de 1992 han dado como resultado la L 36/1995, relativa a la creación de un fondo nacional con los efectos procedentes de los decomisos del tráfico de drogas. Sin embargo, dicha norma no es precisamente una muestra de *Victimología* en acción. En efecto, si bien su art. 2.1 parece atender con preferencia a los toxicómanos –dejando de lado, con todo, a sus familias–, en su art. 3, dedicado a destinatarios y beneficiarios (sic), de los ocho epígrafes de que consta el apartado 1., sólo el c) está dedicado a los drogodependientes, vía organizaciones no gubernamentales o privadas que trabajen en ese campo, el resto de los bienes del citado fondo se dedica a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (incluido el Servicio de Vigilancia Aduanera) y a otras autoridades centrales, autonómicas y locales.⁶⁵

64. Así, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, 99, 41 y s.

65. La regulación del actual art. 378 la consideran consecuencia del art. 126 y no de la mencionada reforma de 1992, VALLE MUNIZ/MORALES GARCÍA, en *Nuevo* (n. 38), 1996, pp. 606 y s. llama la atención a este respecto. Por su parte, MUNOZ, *Derecho Penal* (n. 38) 121999, p. 645, considera acertada esta regulación por los muchos gastos que tiene que llevar a cabo el Estado en esta materia, tanto policiales como judiciales.

Ciertamente, han de llevarse a cabo muchos gastos con cargo a los presupuestos en estas y otras materias, pero no es cierto que el Estado no deba asumirlos sin, por decirlo así, repercutir su coste –otro arcano: el del costo real de la Administración de Justicia, caso a caso–, pues, si nos

En esta línea argumentativa no menor interés tendría el destinar esfuerzos a las medidas de *defensa pasiva* de las víctimas. Una adecuada información en materia de seguros y la correspondiente bonificación fiscal, basada en el menor costo policial y judicial, puede resultar del mayor interés tanto particular como socialmente.

B) La reparación en sí misma

1) Cuestión previa: la prevención general

El mejor sistema de reparación, el mejor por estar conectado con la prevención general, sería el proveniente del propio infractor. Esta reparación primigenia habría de ser abordada, en efecto, desde esta perspectiva general preventiva. Por un lado, la relativa a la modalidad de la reparación y, por otro, relativa al procedimiento dentro del cual ha de tener lugar la misma.

La reparación, normalmente, se considera que ha de ser o en especie, es decir, restituyendo, o reponiendo a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado. En este aspecto el art. 110, comprendiendo la restitución, la reparación *stricto sensu* y la indemnización, es inusitadamente generoso; otra cosa bien distinta es la referente, como es bien sabido, al alcance judicial de dichas previsiones: la restricción judicial, sin base legal, es sorprendente.

En primer término, topamos aquí, amén de con la referida, en ocasiones, cicatería judicial, con el obstáculo de la capacidad económica del sujeto, tema ya suficientemente debati-

planeamos la cuestión en el terreno puramente economicista, quizás no debería resultar adjudicatario el propio Estado de acometer las funciones estatales, pues no está demostrado que sea más barato ni más eficaz, sobre todo cuando deban anularse, con toda justicia, sentencias por insuficiencia en la tutela judicial de los sospechosos o inculpados por parte de las autoridades intervinientes en los procesos (entre otras muchas, STS 7-12-1996: caso Nécora: prueba insuficiente con vulneración del principio acusatorio; STS 5-10-1996: ausencia de autorización judicial en la apertura de un paquete postal en el aeropuerto de Barajas, sin que ni la Fiscalía antidroga, ni el Juez de Instrucción ni la Audiencia lo tuvieran en cuenta), *intutela judicial de los imputados que, a la postre, se ha vuelto contra la sociedad misma.*

do a la hora de analizar la responsabilidad civil y, por lo tanto, pocas novedades cabe añadir. Únicamente subrayar que tal *imposibilidad* debe ser *real*, es decir, acreditada tras las investigaciones de rigor, con independencia de la dificultad de tal empeño que incluso permite abonar la responsabilidad civil ex delicto a plazos (art. 125). Por ello, se ha considerado oportuno el poder sustituir la prestación de contenido económico por otra de carácter personal. Aquí se ha considerado desde el trabajo a favor de la víctima hasta el pedirles disculpas. O lo que es lo mismo: *una reparación de carácter simbólico también valdría*.⁶⁶

Sin embargo, de no articularse un sistema lo menos moralizante posible, lo cual, como ya se ha señalado, parece difícil, podemos caer en un Derecho penal de cuño privativista y claramente prerrevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar al *nexum romano* y, al mismo tiempo, la terapia pseudopsiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Si sitúa el delito, no dentro de los riesgos sociales para los cuales hay que estar preparado por el hecho de vivir en sociedad, tanto técnica como moralmente, sino que el delito se ve casi como un suceso proveniente del arcano que se ceba en un inocente absolutamente al margen de la realidad.

Ya no se trata de determinar si y en qué medida la víctima ha contribuido o, incluso, ha provocado el delito. Este carácter mítico del delito, claramente premoderno, supone una involución al pasar por alto el carácter netamente social del crimen, y contemplarlo, de esta suerte, desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, casi como un evento totalmente inmerecido, cuya causación requiere una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima y victimario como panacea.

Ahora bien, este planteamiento, que ha de ser rechazado, cabe *sustituirlo por otro más realista*. Es decir, qué pasa si el victimario, lo cual es frecuente, carece de capacidad material

66. Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 33

para reparar el daño o, disponiendo de ella, no lo desea, o la víctima no quiere ver más reparación que el cumplimiento de las previsiones legales,⁶⁷ es decir, la realización de un proceso y su conclusión en una sentencia condenatoria, se haya ejercido o no la acción civil.

Lo que tendría que suceder nunca podrá ser regresivo respecto a la situación legal actual. En el planteamiento legal vigente se requiere una satisfacción, en la medida de lo posible, de las responsabilidades civiles, llegándose a condicionar ciertos beneficios a, como mínimo, el inicio de tal camino; tal es el caso de la rehabilitación (art. 136,2.1º). Si este es el límite, está claro que el legislador habrá de dar un paso más y ampliar los esmirriados fondos de indemnización a las víctimas, incluso en sentido amplio, e implementar una política de defensa pasiva de relieve.

Así las cosas, tal como propone el *Alternativ Entwurf*,⁶⁸ una reparación seriamente diseñada debería ser el sustituto alternativo a la pena o, de imponerse, a su ejecución o minoración. El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación. Incluso, puede plantearse, con serias reservas en mi opinión, el archivo del caso si la reparación tiene lugar.⁶⁹

En el fondo, cada vez que se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, aun dentro del sistema penal, tal búsqueda tiene un objetivo claro: la prevención especial. Si ésta

67. Vid. las reticencias críticas que formulan HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s., o LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., en el sentido de no dar por buena la afirmación general de que lo que siempre desee la víctima sea una reparación; ni tan siquiera resulta siempre probable que la víctima desee volverse a echarse a la cara a su victimario.

68. Vid. *Alternativ-entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [§§ 4 y 5 AE-WGM]

69. Cfr. *Alternativ-entwurf* (n. 5), 1992, pp. 61 y s. [§§ 11 ss. AE-WGM]

se realiza o puede realizarse razonablemente para determinado grupo de casos, lo que supone, más que la resocialización,⁷⁰ el mantener al delincuente al margen del delito, se trata de un objetivo más que atendible. Pero ello nos lleva a la clásica polémica de las *antinomias de los fines de la pena*, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza.

Y ello es así porque, además de la prevención especial, representa un papel primordial en esta nueva constelación la satisfacción de la propia víctima, debido al protagonismo que se le hace cobrar. Con lo cual pudiera suceder que la prevención general no sólo cediera ante la prevención especial, sino ante la obtención de un fin particular: el de la satisfacción de la víctima. Sea como fuere, en mi opinión, *la prevención general es el límite infranqueable*⁷¹ de cualquier medida estrictamente penal o de sus sustitutivos de la índole que se antoje. No es, desde luego, fácil ni seguramente hacible, el decir a priori cuándo se produciría la incompatibilidad entre los fines de la pena.⁷² Ahora bien, en aras de la realización de la prevención especial, ésta puede sostenerse, aquí mediante la restitución, incluso contra la prevención general en el caso de que la contradicción sea insalvable *únicamente respecto de una sola persona delincuente*.⁷³ Aunque de nuevo habría que ver si ello no redundaría en detrimento de la prevención general.

2) Modo de practicar la reparación

Sin embargo, con todo, lo dicho no constituye el núcleo central de la cuestión. Lo decisivo aquí, a mi modo de ver, es *cómo* se lleva a cabo esta reparación o inicio de reparación.

70. No hace falta insistir en la crítica a una resocialización forzada, impositiva no sólo de valores específicos y dominantes para quien los impone, sino que obliga a su aceptación plena por parte del resocializando; cfr. el ya clásico trabajo a este respecto de MUÑOZ, *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, en *La reforma* (n. 9), 1980, passim.

71. Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, *Mediación de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, pp. 61 y s.

72. Vid., el mismo, *op. cit.*, pp. 63/64

73. Vid., el mismo, *op. cit.*, pp. 64 -s. o.-.

Dejando de lado las no en absoluto irrelevantes cuestiones procesales y constitucionales, lo que aquí se debe analizar es *en qué modo* ha de incardinarse legalmente la reparación como la alternativa al proceso criminal que concluye con la imposición y ejecución de una pena, y no sólo a ésta, dado que la reparación es más que una alternativa a la pena. Es, antes que nada, una *alternativa* a la puesta en marcha en el caso concreto de una parte sustancial del sistema penal: al *proceso* en su triple vertiente de investigación, de declaración y de ejecución.⁷⁴ Singularmente, la reparación se diferencia de otras alternativas en que trata de fomentar la finalización anticipada del procedimiento penal. Sólo excepcionalmente tiene relevancia como alternativa a una pena a imponer, como presupuesto de la renuncia a pena,⁷⁵ o a su ejecución, una vez impuesta.⁷⁶

Entendidas así las cosas, cabe tomar como punto de partida, con las necesarias matizaciones legales, el art. 21,5^a para la reparación material; 21. 4^a, para algo similar a la reparación simbólica, planteamientos a los que no le sería ajeno, lo que quepa incluir en el art. 21. 6^a⁷⁷ el arrepentimiento espontáneo. Esta previsión normativa hace referencia a que la conducta del presunto infractor –de culpable, con poca fortuna, síguese hablando– tenga lugar antes de que el sujeto tome conocimiento de la apertura del juicio oral. Por otro lado, bajo ciertas condiciones, puede incluso aplicarse como atenuante analógica, y ambas, además, como muy cualificadas, si ello es posible. No cabe duda de que en la letra de la Ley cabe la reparación, pues, entre otras cosas, hace mención literal a la misma. Ahora *faltaría el marco legal*, dentro del proceso pe-

74. En efecto, su finalidad positiva es el restablecimiento de la paz social; cfr. § 1.2 AE-WGM en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 10 y s., 22 s., 41

75. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [AE-WGM]

76. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 59 y s. [§§ 7 y 8 AE-WGM]

77. Una combinación de elementos del arrepentimiento espontáneo (art. 21.4^a) y de *La reprobación* (art. 21. 5^a), cuando no se dan todos los requisitos, podría dar lugar a esta atenuante analógica, así, por ejemplo, una reparación incompleta previa al juicio oral, pero posterior a la apertura de diligencias. La *disculpa* en algunas infracciones, podría, pues, ser incluida aquí.

nal para poder llevar a cabo las medidas alternativas que la reparación incorpora.

Ahora bien, *¿qué sucedería si el sujeto no se arrepiente*, dicho sea en el moralista lenguaje de la ley? ¿Puede ofrecérsele esta oportunidad a lo largo del proceso? La previsión *ex lege data* hace referencia a que la reparación ha de tener lugar antes de que llegue a conocimiento del infractor la apertura del juicio oral. Para el *Alternativ Entwurf* el cumplimiento de la reparación, salvo excepciones no imputables al reparante, tiene en la apertura del juicio oral representado el límite infranqueable.⁷⁸ Pero si observamos el § 6 AE-WGM, dicho límite temporal está establecido para la realización de la reparación y no para suscribirla. Sí está, en cambio, de acuerdo a su § 10, previsto en la modificación de la legislación procedimental que los autores del *Alternativ-Entwurf* proponen el momento en que ha de hacerse patente el imputado⁷⁹ la posibilidad de la reparación; este momento tiene lugar durante el primer interrogatorio judicial de aquél. De este modo se le permite decidir lo que entienda más conveniente para su defensa.⁸⁰

Nada se dice respecto de la aceptación, pero ésta debería ser quasi inmediata; o, todo lo más, tras la primera entrevista reservada con su defensor, una vez finalice ese primer interrogatorio judicial. A la vista de las modalidades procesales alemanas, se contempla por el *Alternativ-Entwurf*, además, que se informe al imputado y a la víctima de la posibilidad de mediación, con suspensión de los plazos legales de por hasta un máximo de 6 meses, cuando el Ministerio fiscal decide querrellarse y cuando formula escrito de acusación. Por último, la Autoridad Judicial, antes de abrir el juicio oral, ha de proceder a una nueva información, con suspensión de plazos, ya sea

78. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 55 y s. Análogicamente, el actual art. 21.5^a, que incluso puede ser considerada atenuante muy cualificada.

79. Los redactores del *Alternativ-Entwurf* han querido, a fin de evitar efectos indeseables, que también, en casos especiales –que no especifican– que se informe de la posibilidad de la reparación a la víctima; vid. *Alternativ-Entwurf*, (n. 5), 1992, p. 68

80. *Ibidem*

para remitir el caso a una instancia de mediación o para intentarla ante sí misma.⁸¹

La regulación del *Alternativ-Entwurf* resulta excesivamente farragosa. Bastaría con hacer mención a que en el primer contacto que tiene el imputado con el hecho de que existe una acusación en su contra debe informársele de la posibilidad de la reparación. En suma, debería efectuarse algo similar a lo que sucede con el derecho a conocer la acusación y a defenderse técnicamente. Resulta acertado, por el contrario, el que la información de la existencia de la acusación, sino durante el primer interrogatorio a consecuencia de tal información.⁸² De esta suerte, ha de *limitarse*, en principio, la *posibilidad de acogerse a la alternativa de la reparación al momento en que se informa debidamente de dicha posibilidad*. Más adelante se acrecentarían los riesgos de que la voluntariedad de acogerse a tal alternativa fuera fruto de la presión, del cinismo o del interés por parte de todos los intervinientes en el proceso de concluirlo a cualquier precio, con la consiguiente quiebra de la prevención general y pese al carácter criminógeno de tal proceder.

IV. Epílogo

La consideración de la víctima en el sistema penal tiene que pasar a primer plano. Ello comporta, y seguramente comportará en el futuro, dificultades de adaptación, en especial en materia de garantías jurídico-penales de quien es sometido a enjuiciamiento para resultar castigado.

Aunque se han formulado serías objeciones, el Proyecto Alternativo alemán de reparación representa el diseño más acabado de esta modalidad de evitación de la pena, intentando dar respuesta a los intereses individuales o colectivos lesionados, *sin* por ello *abandonar* el terreno de la *prevención general*. Conviene, con todo reiterar dos cuestiones. La primera que la aplicación sistemática en un futuro a determinadas modalida-

81. Vid. §§ 14 ss. AE-WGM y su fundamentación en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 76 y s.

82. Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1993, p. 67

des delictivas debe conducir a *descriminalizar* dichas conductas. La segunda que, si bien la víctima ha de tener mayor protagonismo en el sistema penal, su incorporación con plenitud al mismo no ha de suponer la *mengua* de los *derechos* del presunto delincuente y del delincuente.

Todo ello, en fin, sin olvidar que la legislación española no es precisamente parca en dar a la víctima cauce procesal para su propia y activa protección jurisdiccional. Otra cosa, como no es infrecuente, es la puesta en práctica del ordenamiento.

Para el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) constituye una alta distinción poner en manos del lector la obra *Estudios sobre Derecho penal y protección de derechos fundamentales* del Prof. Dr. Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, docente del Programa de Maestrías en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), a quien su trabajo profesional, académico y científico le otorga un alto prestigio y, por tanto, su reconocimiento nacional e internacional.

La obra del profesor QUERALT JIMÉNEZ, integra una serie de temas que se vinculan a la necesidad del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona frente al poder del Estado y su poder punitivo, cuyo valor, acreditado por la calidad del mismo y del pensamiento de autor, cobra un *plus* para nuestro país y la región centroamericana *en un mundo*, como expresa Eduardo GALEANO, *que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad*.

El Prof. Dr. Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ es Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona, con el Primer Premio Extraordinario. Ha realizado estudios postdoctorales con becas del Consejo de Europa, del DAAD, de la Max-Planck-Gesellschaft y de la Deutsche Forschungsgemeinschaft, para estancias en el MPI de Friburgo de Brisgovia, y en las Universidades de Bonn –Prof. Armin Kaufmann–, Frankfurt –Prof. Hassemer– y Munich –Prof. Roxin. Fue Letrado del Tribunal Constitucional, habiendo obtenido por oposición la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

ISBN 978-99924-06-72-4



9 789992 406724

