

LA POLEMICA EUROPEA SOBRE EL USO DE LAS ARMAS COMO FORMA DE COACCION ADMINISTRATIVA

POR

JOSÉ LUIS CARRO

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Alemania:* a) Regulación del uso de las armas en leyes especiales o en leyes generales de policía. Sobre el fundamento legal del uso de las armas. La polémica sobre el concepto de arma. b) Principios generales de la Ley federal sobre coacción directa de 1961. c) Finalidad y supuestos del uso legítimo de las armas.—3. *Italia:* La norma general del artículo 53 del Código penal; el uso legítimo de las armas como causa de justificación específica. Descripción general de la problemática; requisitos o límites del uso legítimo de las armas. La modificación de 1975. La jurisprudencia italiana: referencia especial al caso de la fuga. Algunas normas especiales sobre el uso de las armas.—4. *Francia:* Las causas generales de justificación del Código penal; el concepto de «motivo legítimo» del artículo 186 del Código penal. Los problemas de su aplicación. Algunas normas especiales sobre el uso de las armas. La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad: remisión.

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen trataré de exponer sucintamente cómo se han enfrentado los principales ordenamientos jurídicos europeos con esa *ultima ratio* de la coacción administrativa directa que es el uso de las armas por las autoridades policiales. Ni que decir tiene que es en este caso extremo de utilización de la fuerza donde todos los presupuestos de la coacción directa de la Administración —que he tenido ocasión de estudiar en otro lugar (1)— adquieren, por así decir, un especial dramatismo. Y es precisamente por esto mismo por lo que deben ser analizados muy estrictamente para evitar que en las relaciones entre autoridades policiales y ciudadanos se instale un puro derecho de guerra, totalmente rechazable en un Estado que quiera hacer del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales el punto de partida y la razón de ser de su actuación.

(1) *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, en «REDA» núm. 15, pp. 605 a 627.

Como inmediatamente se podrá comprobar, el tratamiento jurídico de la problemática del uso legítimo de las armas por los agentes de la Autoridad ha revestido fundamentalmente en los países analizados dos modalidades, según que aquél se haya llevado a cabo en el campo jurídico-administrativo o en el campo jurídico-penal. En efecto, en unos casos —como en Alemania—, el uso de las armas por los agentes de policía se encuentra regulado en leyes especiales sobre coacción directa o en las mismas leyes generales de policía; en otros, sin embargo —y aquí pueden incluirse los restantes países analizados—, ha sido el ordenamiento penal el que fundamentalmente se ha ocupado de nuestro tema desde la perspectiva de las causas de justificación. En este último caso, mi análisis se ha tenido necesariamente que limitar a una mera descripción de la situación legal, pues una profundización de la temática de las causas de justificación penales —siquiera fuera en relación al uso legítimo de las armas— sólo puede ser emprendida con mayor garantía por los propios penalistas. Es precisamente este doble enfoque en el tratamiento jurídico de la utilización de las armas por los agentes de policía el que está exigiendo una necesaria colaboración entre penalistas y administrativistas para acabar de perfilar un tema en el que no se ha llegado en ningún sitio a soluciones definitivas y cuya importancia, por obvia, no necesita ser subrayada aquí. En todo caso, estas líneas cumplirían con holgura su objetivo si de alguna forma colaborasen a suscitar en la moderna doctrina jurídico-pública española la preocupación por los problemas que plantea la utilización directa e inmediata de la coacción administrativa, problemas de necesaria y urgente revisión a la luz de la nueva realidad política y jurídica de nuestro país.

2. ALEMANIA

a) Regulación del uso de las armas en leyes especiales o en leyes generales de policía. Sobre el fundamento legal del uso de las armas. La polémica sobre el concepto de arma. b) Principios generales de la Ley federal sobre coacción directa de 1961. c) Finalidad y supuestos del uso legítimo de las armas

En el ordenamiento jurídico alemán, el uso de las armas por las autoridades de policía se encuentra reglamentado en leyes especiales (como en el caso de la Federación) o en las mismas leyes de poli-

cía (como es el caso de algunos *Länder*). En todas ellas—y esto ya he tenido ocasión de señalarlo en mi citado trabajo—el uso de las armas, o si se quiere el uso de la fuerza sobre las personas, viene precisamente designado con el concepto de coacción directa (*Unmittelbarer Zwang*). En todo caso, la legislación alemana sobre el tema, tanto la de la Federación como la de los *Länder*, es muy semejante y por ello referiré mi análisis fundamentalmente a la Ley federal sobre coacción directa, de 10 de marzo de 1961, teniendo en cuenta también las novedades que en este campo haya podido aportar el reciente Proyecto-modelo de una Ley unitaria de policía para la Federación y los *Länder*, aprobado por la Conferencia de Ministros del Interior el 11 de junio de 1976 (*Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder*). Me atreveré a adelantar que quizá es el Derecho alemán el que legislativamente hablando ha dedicado mayor atención a la difícil problemática del uso legítimo de las armas por parte de los agentes de policía

La necesidad de ley para regular el supuesto del uso de las armas por la policía era ya en O. MAYER perfectamente evidente; para el gran autor alemán, el uso de las armas «no está jamás comprendido en el derecho de coacción que pertenece a la policía como medio natural del uso de la fuerza. De ello se deriva que estos poderes especiales se restringen a la medida que la ley les ha dado» (2). MAYER hace salir el uso de las armas de los poderes «naturales» de coacción de las autoridades de policía precisamente por sus efectos irremediables. «La fuerza, en efecto—escribe en la versión francesa de su obra—, debe apartar la perturbación, impedir a aquel que la ha causado de continuar, no debe infligirle un mal que subsistirá después que la perturbación haya desaparecido. El uso de las armas, por su naturaleza, conduce siempre a un mal de este género» (3). De aquí que proscriba la utilización de instrucciones de servicio o de regla-

(2) Página 167 de la versión francesa de su obra (*Le Droit administratif allemand*, II, Giard-Brière, París, 1904). En su *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3.ª ed., 1924, reedición de Duncker-Humblot, Berlín, 1969, p. 307, aunque de forma más resumida. La legitimidad del uso de las armas podrá derivarse también de las causas de justificación penales (legítima defensa). MAYER no trata el tema—muy discutido actualmente en Alemania—de la relación entre la legítima defensa y las habilitaciones concretas en favor de las fuerzas de policía para el uso de las armas. Por lo demás, en la nota 20 de esta misma página critica la posición de VAN CALKER, *Recht des militärs zum admin. Waffengebrauch*, pp. 17 y 39, que no admitía la posibilidad de delegación legislativa en este caso y que exigía que la regulación del uso de las armas se llevase al Código penal o al Código de procedimiento penal.

(3) *Op. cit.*, p. 166; *Deutsches Verwaltungsrecht*, loc. cit.

mentos administrativos (empleo el término en el sentido técnico que tiene en Alemania) para regular estos supuestos. W. JELLINEK, sin embargo, no lo entendió así y admitió la posibilidad de que el uso de las armas pudiese estar regulado en meras instrucciones de servicio, o incluso no estar regulado en absoluto; en él está presente hasta en este supuesto (cosa que, como se ha visto, no sucede en MAYER) esa concepción del orden público que he criticado en el trabajo citado en las líneas introductorias; significativamente cita una sentencia del *Reichsgericht*, de 21 de abril de 1925, que derivó la facultad de utilización de las armas por la policía de la conocida cláusula general 10-II-17 del Derecho territorial prusiano: «Las leyes sobre la utilización de las armas—escribe—no constituyen por consiguiente el fundamento de su admisibilidad, sino que más bien la restringen a través de una exacta descripción de sus presupuestos y formas... La misma significación—añadía—corresponde a las instrucciones de servicio sobre uso de las armas» (4). Bajo el imperio de la Ley Fundamental de Bonn, ya no se puede «cerrar un ojo», como nos pedía JELLINEK, ante la falta de fundamento legal concreto en el uso de las armas; hoy prácticamente la totalidad de la doctrina alemana que ha tratado el tema exige en todo caso una ley formal (5).

El problema estará más bien en saber qué grado de concreción debe tener la ley en este campo y cuál debe ser el alcance de una posible delegación. Y precisamente fue este problema el que se planteó respecto del concepto de arma contenido en el apartado cuarto del artículo (parágrafo) 2 de la Ley sobre coacción directa de 1961. En el concepto de arma se incluían en el citado artículo las armas de fuego, las cortantes, los gases irritantes y medios explosivos admitidos en sede administrativa (*dienstlich zugelassenen*).

Aparte de que la inclusión de los «medios explosivos» provocó la protesta de los sindicatos policiales (6), el tema estaba en saber hasta qué punto la ley podía delegar en la Administración la determina-

(4) *Verwaltungsrecht*, M. Gehlen, 1966 (reedición de la 3.ª ed., 1931), p. 340.

(5) Por ejemplo, DÜRIC, *Art. 2 Abs. II*, GG-Kommentar, I, Beck, Munich, marginal 18. También KERN: *Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims*, en «Die Grundrechte», II, Berlín, 1954, p. 85, donde describe la situación jurídica antes de la promulgación de la Ley sobre coacción directa de 1961. FRIAU: *Polizei- und Ordnungsrecht*, en «Besonderes Verwaltungsrecht», 4.ª ed., de Gruyter, 1978, p. 224.

(6) El dato en DREWS-WACKE-VOGEL: *Gefahrenabwehr*, Heymanns, 1975, p. 330. El artículo 38-IV de la Ley bávara de policía de 1954 y el artículo 2-III de la Ley sobre coacción directa de Hessen de 1950 no incluyen entre las armas los medios explosivos. El problema está—se subraya en aquel manual—cuando la policía se enfrenta a grupos que utilicen tales medios.

ción concreta de las armas utilizables. Para WACKE y ULE, la norma es inconstitucional, pues viola el artículo 2-2.º GG, que exige de la ley una mayor concreción al incidir sobre el derecho a la vida o a la integridad corporal («En estos derechos sólo se podrá incidir en base a una ley»); no se puede, por tanto, dejar a las disposiciones administrativas que establezcan concretamente qué armas podrían ser usadas por las fuerzas policíales (7). Para ULE, en particular, la habilitación en favor de la Administración para el establecimiento de las armas utilizables es demasiado amplia y no cumple las exigencias constitucionales de determinación exacta del alcance de la misma.

Esta interpretación no fue admitida por BAUMANN, que consideró la citada norma de la Ley sobre coacción directa perfectamente constitucional (8). Y ello en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, la norma constitucional del artículo 2-2.º GG no exige la determinación precisa y concreta de las armas a utilizar, sino que simplemente establece que la intervención ha de efectuarse «en base a una ley» (la «intervención inicial de la ley», de la que hablaba VEDEL). En segundo lugar, el artículo 2-4.º de la Ley sobre coacción directa cumple también con el grado de concreción exigido por la Constitución a toda habilitación en favor del Ejecutivo, pues en él se enumeran una serie de armas, enumeración que vincula a la Administración; por lo demás, el principio de proporcionalidad, expresamente reconocido por la Ley sobre coacción directa, determina, por su parte, el alcance de la habilitación. Para BAUMANN, pues, la Ley sobre coacción directa cumple perfectamente con los requisitos que según la Constitución debe reunir toda habilitación en favor de la Administración, pues en ella se establecen claramente su contenido (descripción de las armas), su alcance (principio de proporcionalidad) y su finalidad (impedir el ataque o la huida). Pero es que además, para nuestro autor, una determinación más exacta, una enumeración exhaustiva por parte de la ley de los medios a emplear, significaría una violación del principio de separación de poderes, pues en el caso de una concreción mayor del artículo 2-4.º de la Ley sobre coacción

(7) WACKE: *Das Gesetz über unmittelbaren Zwang*, JZ, 1962, 137. ULE: *Über die Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 UZwG*, DVB, 1962, 353. También, aunque sin utilizar tantos argumentos como el anterior, ARNDT: *Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch bei Anwendung unmittelbaren Zwangs*, DVB, 1965, 189.

(8) BAUMANN: *Zur Verfassungsmässigkeit des § 2 Abs. 4 UZwG*, DVB, 1962, página 806. Vid. también Götz: *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck-Ruprecht, Göttingen, 1973, p. 153, que afirma que sólo pueden y deben ser regulados los límites exteriores de la forma y alcance de la utilización del medio coactivo.

directa, ¿qué grado debería alcanzar? (debería, por ejemplo, hablar simplemente de pistolas o establecer también su calibre). Todo esto demuestra —concluye BAUMANN— que al legislador se le exigiría demasiado, y ello sin olvidar que el avance técnico podía hacer envejecer en seguida muchas de sus disposiciones.

El mencionado Proyecto-modelo de una Ley unitaria de policía para toda Alemania, de junio de 1976, enumera como armas utilizables en su artículo (parágrafo) 36-4.º las siguientes: porra, pistola, revólver, fusil, pistola y fusil ametrallador y granada de mano. Las cuatro primeras —siguiendo la legislación vigente en la mayoría de los *Länder*— fueron consideradas como «armas generales» y las últimas como «armas especiales». Para la utilización de estas últimas se establecen en el artículo 44 del Proyecto una serie de limitaciones que más o menos coinciden con las actualmente existentes: sólo podrán ser utilizadas con aprobación del ministro del Interior o de la persona en quien éste delegue contra personas que hagan uso de armas de fuego o granadas de mano y contra las cuales la utilización de armas generales no haya tenido ningún éxito. El Proyecto prohíbe además terminantemente la utilización de granadas de mano contra una multitud y de medios explosivos contra una persona. La finalidad de la utilización de las armas especiales es, según el apartado segundo del citado artículo 44, impedir el ataque, y, por lo tanto, su empleo en los casos de huida parece desproporcionado (9).

Condición previa e indispensable para la utilización de la coacción directa en general y para la utilización de las armas en particular es el respeto del principio de proporcionalidad, que en sus distintas manifestaciones (10) fue consagrado en el artículo 4 de la citada Ley federal de 1961. Allí se ordena a los funcionarios de policía elegir la medida menos perjudicial para el particular y la colectividad entre todas aquellas que fuesen apropiadas. Además, el daño causado por la aplicación de la medida elegida no ha de estar claramente en desproporción con el resultado perseguido. Se trata, pues, de una triple

(9) Así se expresa la fundamentación del citado Proyecto-modelo. En la vigente legislación de los *Länder* se establece que sólo se podrán utilizar estas armas especiales: 1. Para defender el orden fundamental democrático y libre de un peligro que lo amenace. En ese caso se necesita la aprobación del Gobierno del *Land* o sólo del ministro del Interior (como ocurre en Renania-Palatinado y en El Sarre). 2. Contra personas que utilicen armas de fuego y contra las cuales la utilización de armas generales no haya tenido ningún éxito o no ofrezca garantías de éxito. V'd. DREWS-WACKE-VOGEL, cit., p. 330.

(10) Cfr. la conocida obra de P. LERCH: *Übermass und Verfassungsrecht*, Heymanns, 1961. También DREWS-WACKE-VOGEL, cit., p. 155; Götz, cit., pp. 70 y ss.

reducción de la discrecionalidad policial en este campo: la medida ha de ser la apropiada (*geeignetheit*), y entre las apropiadas la que cause menor daño (los alemanes hablan aquí del principio del *geringstmöglichen Eingriffs*), y, teniendo en cuenta todo esto, todavía ha de analizarse si el daño que causaría la aplicación de tal tipo de medida sería desproporcionado para la finalidad perseguida (*Verhältnismässigkeit* o proporcionalidad en sentido estricto). En consonancia con esto, la Ley del 61 establece en su artículo 12 una serie de principios generales que limitan el alcance de la utilización de las armas en los casos, por supuesto, que ésta sea posible y que se encuentran, como veremos, perfectamente tasados en la misma. En primer lugar, el uso de las armas sólo es posible cuando resulten infructuosas otras medidas de coacción física o no garanticen claramente el éxito de la intervención policial. En segundo lugar, se prohíbe el uso de las armas contra las personas cuando la finalidad perseguida pueda alcanzarse con su utilización sobre las cosas. En tercer lugar, se prohíbe también el uso de las armas de fuego cuando exista una gran probabilidad de peligro para terceros. Por último, la ley excluye formalmente que las armas se puedan utilizar contra personas «que según la apariencia exterior se encuentren en edad infantil». (El Proyecto-modelo citado dice: «que según la apariencia exterior no sean mayores de catorce años».)

En todo caso, el uso de las armas de fuego, en general el uso de la coacción directa, debe ir precedido de un apercibimiento previo (*Androhung*) que ha de ser repetido en el caso de una multitud; como apercibimiento—se añade en el artículo 13 de la Ley de 1961—puede ser efectuado un disparo al aire (*Warnschuss*). A este respecto ha de subrayarse que la jurisprudencia alemana no repugna en entrar a analizar las circunstancias en que fue efectuado un disparo de advertencia y, según ellas, condenar a la Administración a reparar el daño causado; ello sucedió, por ejemplo, en una sentencia de la Corte judicial federal (BGH) de 13 de febrero de 1964, en la que se destacó convenientemente que la esencia del *Warnschuss* reside en la imposibilidad objetiva de que pueda ser alcanzado el sujeto y no en la voluntad subjetiva del funcionario que lo efectúa (11).

(11) *Das Trefferisiko* —se lee en la sentencia— *muss in jedem Falle bei einem Warnschuss ausgeschlossen sein*, es decir, que en el caso del disparo al aire o de advertencia debe encontrarse excluida toda posibilidad de alcanzar a alguien. La sentencia en R. KRÜGER: *Polizeilicher Schusswaffengebrauch*, Boorberg, Stuttgart, 1973, pp. 32-38.

La Ley de 1961, toda la legislación de los *Länder* y el actual Proyecto de Ley unitaria de policía coinciden en afirmar que la finalidad del uso de las armas de fuego por la policía ha de ser la de «impedir el ataque o la huida» (*angriffs-oder fluchtunfähig zu machen*); esta concreción de la finalidad en la utilización de las armas ha planteado en Alemania el problema de la admisibilidad del llamado «disparo mortal» o «disparo efectuado con intención de matar» (*gezielter Todesschuss*) en los casos, fundamentalmente, de delitos con retención de rehenes. A ello me referiré brevemente dentro de un momento. Pero antes quisiera describir los supuestos en los que según la Ley federal de 1961 (arts. 10 y 11)—y en general, con ligeras variantes, las Leyes de los *Länder*—se admite la utilización de las armas de fuego contra las personas. Ni que decir tiene que en todos estos supuestos debe tenerse en cuenta todo lo dicho sobre el principio de proporcionalidad y demás limitaciones, así como la finalidad a la que debe dirigirse el uso de las armas. Estos supuestos los podemos resumir en los siguientes apartados (12):

a) Impedimento de la realización (incluyendo la tentativa o las acciones preparatorias inmediatas) de un delito grave (*Verbrechen*) o de un delito leve (*Vergehen*) cuando éste se realice con armas o con medios explosivos (13).

b) Impedimento de la huida de una persona «altamente sospechosa» (*dringend verdächtig*) de haber cometido un delito grave o un delito leve, cuando exista en este último caso base suficiente para suponer que hará uso de armas o de medios explosivos (14).

(12) Además de los artículos 10 y 11 de la Ley federal de 1961 y 42 y 43 del Proyecto-modelo de Ley unitaria, *vid.* Götz: *Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht*, cit., p. 155. R. KRÜGER: *Polizeilicher Schusswaffengebrauch*, cit., pp. 43 y siguientes.

(13) Se excluye, pues, totalmente el uso de las armas cuando la acción constituya una simple falta (*Übertretung*). En todo caso, en los supuestos de uso lícito de las armas de fuego, la legislación alemana parte de la bipartición de los hechos punibles, consagrada en el artículo 12 del Código penal de 1975, que ha abandonado la clásica tripartición anterior que seguía en esto el modelo francés (*Verbrechen-Vergehen-Übertretung*). Sobre esta reforma puede verse el comentario de SCHÖNKE-SCHRÖDER, Beck, Munich, 1976, pp. 98-100. En el DREWS-WACKE-VOGEL, citado, p. 329, se ha criticado este punto de partida, pues ello introduce un elemento de inseguridad en la acción del funcionario de policía. *Vid.* también R. KRÜGER, *op. cit.*, pp. 50-52 y, sobre todo, 54.

(14) La Ley federal de 1961 incluye además en este apartado el flagrante delito (grave), supuesto que ha desaparecido en el Proyecto de Ley unitaria de 1976 por considerarlo incluido en el primer apartado. Sobre el concepto *dringend verdächtig*, *vid.* R. KRÜGER, cit., p. 56. Sobre la suposición de que la persona hará uso de las armas, este autor afirma que no estamos ante una decisión absoluta-

c) Impedimento de la huida de presos o detenidos en prisión preventiva, con excepción de los condenados a penas de arresto o por el Tribunal de Menores (así el art. 42-2.º del Proyecto de Ley unitaria, ya citado, de 1976).

d) Impedimento de la liberación por la fuerza de presos o detenidos (15).

e) En lo que respecta al uso de las armas contra una multitud, la Ley federal de 1961 lo permite cuando se cometan actos de violencia (*Gewalttaten*) y resulten infructuosas las medidas coactivas dirigidas contra personas determinadas. R. KRÜGER nos dice que en algunos *Länder* (Baja Sajonia y Renania-Palatinado) se exige la comisión de delitos graves (*Verbrechen*) contra personas o cosas, que no se obtenga ningún éxito con medidas de fuerza contra personas determinadas y que no se disponga de otros medios (lanzamiento de agua, caballos o perros, automóviles especiales, etc.) para enfrentarse a aquéllos (16), lo que no es tan general como la norma de la Ley federal que puede dar lugar, sin duda alguna, a abusos irremediables. En todo caso, es aquí donde el principio de proporcionalidad ha de ser estrictamente exigido en todas sus manifestaciones; y en este sentido me parece muy problemático que ello se pueda cumplir en

mente subjetiva del agente y que para medir la obligación de diligencia de este último hay que tener en cuenta el tiempo del que dispuso para tomarla (p. 58).

(15) Con respecto al caso de los presos, una sentencia de la Corte Constitucional de Baviera de 26 de febrero de 1968, publicada en extracto en NJW 1968, páginas 1227-29, admitió que la utilización de las armas en los casos de fuga podría estar regulada en una simple disposición administrativa, ya que aquéllos durante la condena se encuentran sometidos a una relación especial de poder que hace innecesaria la existencia de una ley. Esta tesis fue años más tarde radicalmente rechazada por una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, publicada en NJW 1972, pp. 811-914. En el artículo 1-3.º GG—se lee en la sentencia— los derechos fundamentales han sido declarados vinculantes para la Legislación, Jurisdicción y Poder Ejecutivo. El que en el momento de la ejecución de la pena los derechos fundamentales pudiesen ser discrecionalmente limitados iría contra esa amplia vinculación del poder estatal. Los derechos fundamentales de los presos—se concluye— sólo pueden ser limitados por ley o en base a una ley (p. 812). El tema de la sentencia era concretamente el control de la correspondencia de los presos. Vid. también la referencia en R. KRÜGER, cit. do, p. 46, nota 52; en general, entre otros, ROTHHAUS: *Zur Frage des Schusswaffengebrauchs gegenüber Strafgefangenen*, MDR, 1970, pp. 4-6, y KEMPF: *Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis BVerfG*, NJW 1972, 811, JuS, 1972, 701-786; que es un comentario a la sentencia citada.

A los supuestos de uso de las armas resumidos en el texto, el artículo 42-1-1.º del Proyecto-modelo de Ley de policía unitaria de 1976 añade el de defensa contra un peligro actual contra la vida o la integridad corporal (entendida esta última en el sentido de lesiones graves). Con ello lo que hace el Proyecto es introducir un supuesto semejante al de la legítima defensa, pero—entendiendo— no tan amplio, pues, en todo caso, el agente se encuentra vinculado por los principios generales de las Leyes sobre coacción directa.

(16) R. KRÜGER, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

un supuesto como éste, en que la utilización de las armas de fuego, por las consecuencias que ello conlleva siempre, aparece como, por lo menos, inapropiada y desproporcionada para conseguir la finalidad perseguida (17). El Proyecto-modelo de Ley unitaria de policía de 1976 no ha llegado—aunque en el comentario administrativo a su artículo 43 así se diga— a la prohibición formal del uso de las armas contra una multitud; en el citado artículo (o párrafo) se dispone que el uso de las armas de fuego contra personas en una multitud es inadmisibile cuando exista una alta probabilidad de peligro para terceros no participantes. En todo caso, la norma del Proyecto me parece totalmente inaceptable e incluso mucho más peligrosa, por su generalidad, que la normativa actualmente vigente en Alemania.

f) Por último, la Ley federal de 1961 permite también el uso de las armas por los guardias fronterizos contra personas que, después de repetido apercebimiento, intentan la fuga (18).

Apuntaba antes que en la legislación germana la finalidad del uso de las armas de fuego ha de ser siempre la de «impedir el ataque o la huida» (así, por ejemplo, el artículo 12-2 de la Ley federal de 1961 o también el artículo 41-2 del citado Proyecto-modelo de Ley unitaria de 1976). El creciente aumento de la comisión de delitos con retención de rehenes ha provocado en Alemania la polémica de si en estos casos, para salvar la vida de aquéllos, la policía no podría efectuar un disparo con intención directa de provocar la muerte (*gezielter Todesschuss*) del autor o autores. El que una acción semejante se pudiese eventualmente justificar desde un punto de vista penal a través de la legítima defensa de terceros (lo cual no es muy convincente para la gran mayoría de la doctrina alemana, que se resiste a aplicar las causas de justificación de la legítima defensa a la actuación policial en cuanto tal) no exime—y ello ha sido señalado por VOGEL— de encontrar un fundamento jurídico a la actuación policial desde el

(17) Vid. también R. KRÜGER, *op. cit.*, p. 62. Me sorprende la falta de crítica sobre esta norma en obras como la clásica de DREWS-WACKE-VOGEL, *cit.*, o la más reciente de GÖTZ, *cit.*

(18) Ni que decir tiene que no han sido los juristas del Derecho público los únicos que han tratado en Alemania el tema del uso de las armas; también los criminólogos lo han hecho: *vid.*, por ejemplo, GAY: *Anwendungsmittelbaren Zwanges durch Vollzugsbeamte des Bundes*, «Kriminalistik», agosto 1961, páginas 333-34; C. EHRLICH: *Zum Schusswaffengebrauch*, *ivi*, enero 1962, pp. 11-13; HARTMANN: *Der Waffengebrauch des Polizisten*, *ivi*, mayo 1963, pp. 227-230, que describe una serie de situaciones en las que el agente de policía podría verse obligado a utilizar su arma.

punto de vista del Derecho público (19). Algunos autores (20) han creído verlo en la misma fórmula «impedir el ataque o la huida» interpretándola de forma muy amplia (en concreto la expresión *angriffs-unfähig*), posición inadmisibles para otros, para los que el problema está más bien en la compatibilidad entre el «disparo mortal» y la dignidad del hombre y su derecho a la vida, reconocidos por el texto constitucional; así, para R. KRÜGER (21), el derecho a la vida no puede estar a disposición del legislador en virtud de la garantía de su contenido esencial (*Wesensgehalt*). Sin embargo, en situaciones extremas en donde ya sólo puede ser cuestión de la vida del delincuente o de la de su rehén, admite este autor la posibilidad de un disparo mortal y afirma que en estos casos no existiría tampoco violación del contenido esencial del derecho a la vida. RUPPRECHT (22), otro autor preocupado por este problema, ha afirmado que el derecho a la vida del delincuente no está en el mismo nivel que el de sus rehenes en la medida en que ha transgredido la ordenación valorativa general de la Constitución; admite la posibilidad del «disparo mortal», teniendo en cuenta el grado de peligro que corren los rehenes y en definitiva la situación total.

Esta polémica ha sido tenida en cuenta por los redactores del Proyecto-modelo de Ley unitaria de policía de 1976—ya varias veces citado—, que han admitido la posibilidad de un disparo mortal cuando constituya el único medio de defensa frente a un peligro actual que amenace la vida o pueda lesionar gravemente la integridad corporal (art. 41-2) (23).

Ha de señalarse, por último, que en Alemania ha sido también muy discutido el problema de saber hasta qué punto las disposiciones sobre legítima defensa y estado de necesidad pueden legitimar en

(19) Vid. DREWS-WACKE-VOGEL, cit., pp. 331-333; R. KRÜGER, cit., pp. 84-89.

(20) WINTERFELD: *Der Todesschuss der Polizei*, NJW 1972, 1881-1884; KREY-MEYER: *Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme*, ZRP, enero 1973, 1-5, en concreto p. 3. También DREWS-WACKE-VOGEL, página 333.

(21) Op. cit., pp. 86-87, y sobre todo su artículo *Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch*, NJW 1973, pp. 1 y ss., en concreto pp. 3-4.

(22) *Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben*, JZ, 1973, 263, en concreto p. 266; *Polizeilicher Todesschuss und Wertordnung des Grundgesetzes*, en Festschrift für W. Geiger, Mohr, Tübingen, 1974, pp. 781 y ss., en concreto página 784.

(23) Un comentario sobre esta disposición del Proyecto en R. LANGE: *Der «gezielte» Todesschuss. Zum Musterentwurf eines Polizeigesetzes*, JZ, 1976, páginas 546-548.

todos los casos la actuación policial; dicho de otro modo, se trataría de averiguar en qué medida pueden coexistir los principios de la legítima defensa con las habilitaciones concretas de la ley administrativa en favor de la Administración para utilizar medios de coacción directa o para usar legítimamente las armas de fuego. De alguna forma —y dicho sea de paso— esta problemática viene a contradecir la opinión de O. MAYER que, al analizar la legítima defensa como uno de los fundamentos jurídicos del uso de las armas, afirmaba que «aquí no hay particularidades de Derecho administrativo» (24). Por el contrario, las hay y muy importantes, sobre todo si se tiene en cuenta que las facultades de la legítima defensa, tal y como se encuentran reguladas en el Derecho alemán, exceden con mucho las establecidas en la ley administrativa en favor de los agentes de policía. El problema es, pues, repito, de compatibilidad entre los principios de legítima defensa y las concretas habilitaciones legales para actuar en favor de las autoridades policiales. La pregunta a contestar es si la legítima defensa puede constituir en la totalidad de los casos fundamento suficiente para el uso de las armas.

Lo que de entrada parece claro que deba excluirse como fundamento jurídico de la intervención policial es la llamada legítima defensa de terceros (*Nothilfe*), pues ésta es precisamente su función; en caso contrario, todas las disposiciones sobre el uso legítimo de las armas no tendrían objeto alguno y no podrían cumplir la función que les compete en un Estado de Derecho (25). Quizá sea conveniente volver a recordar aquí el hecho de que en el impedimento de hechos punibles —uno de los supuestos de coacción directa— la autoridad policial actúa más bien en defensa del orden general que en la del particular injustamente atacado.

En lo que a la normativa sobre legítima defensa se refiere, la gran mayoría de la doctrina alemana que se ha ocupado de este tema reduce su aplicación a los supuestos de defensa personal frente a agresiones ilegítimas no realizadas en el marco de una actuación policial en cuanto tal, en cuyo caso regiría la normativa sobre coacción directa con todas sus limitaciones. Ha de subrayarse con toda claridad —escribe R. KRÜGER (26)— que la legítima defensa no puede

(24) La frase en *Le Droit administratif allemand*, II, cit., p. 166. También *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 307.

(25) En este sentido, Görz, cit., p. 161. También BLEI: *Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs*, JZ 1955, 625; la idea del texto en p. 626.

(26) *Polizeilicher Schusswaffengebrauch*, cit., pp. 78-79 y 81.

significar ninguna ampliación de los casos en que se permite la utilización de medidas coactivas. El uso de las armas—añade más adelante—está regulado por disposiciones específicas; sólo en el caso en que el agente de policía, con independencia de la realización de su función como tal, se vea personalmente agredido de manera injusta puede aplicársele, como a toda otra persona, la normativa sobre legítima defensa. En la realización de la función policial, por lo tanto—y ésta es la idea esencial de toda esta doctrina—, las disposiciones sobre el uso de las armas priman sobre la normativa de la legítima defensa. La dificultad estará, y ello lo reconoce el mismo KRÜGER (27), cuando durante una actuación policial se dé una situación de estricta autodefensa. BLEI—que ha mantenido una posición muy restrictiva respecto de la aplicación de los principios de la legítima defensa a la actuación policial— ha afirmado que en el caso de una agresión grave al funcionario de policía estaríamos ante un hecho punible tipificado como *Verbrechen* (delito grave) por el artículo 1 del Código penal alemán (hoy artículo 12, después de la reforma de 1975), lo que le facultaría precisamente para poder defenderse echando mano de las disposiciones pertinentes sobre el uso legítimo de las armas de fuego que prevén—como ya sabemos—expresamente este supuesto (28). Más recientemente RUPPRECHT afirmaba que la aplicación de la normativa de la legítima defensa a los funcionarios de policía está sometida en todo caso a una serie de limitaciones que se derivan de su obligación profesional, lo que hace que, si en el ejercicio de su función se produce una situación de legítima defensa, el uso del arma ha de ir precedido del correspondiente apercibimiento, siempre que ello no represente un aumento inadmisibles del riesgo (29).

No voy a insistir en la exposición de este debate, pues todavía no se ha cerrado en Alemania, y un tratamiento detenido del mismo desbordaría la finalidad que me he propuesto en estas líneas. Una última reflexión me sea permitida para apuntar que en todo caso ha sido el Derecho germano el que más atención ha dedicado, en el plano doctrinal, a nuestro tema; reflexión superflua por lo demás, pues el

(27) *Op. cit.*, p. 82.

(28) Las reflexiones de BLEI, *op. cit.*, en p. 627. *Vid.*, también, KRÜGER, *cit.*, páginas 82-83.

(29) *Die tödliche Abwehr*, *cit.*, p. 285.

lector ya lo habrá podido comprobar a lo largo de la apretada exposición que he efectuado de la problemática de nuestro tema en Alemania (30).

3. ITALIA

La norma general del artículo 53 del Código penal: el uso legítimo de las armas como causa de justificación específica. Descripción general de la problemática; requisitos o límites del uso legítimo de las armas. La modificación de 1975. La jurisprudencia italiana: referencia especial al caso de la fuga. Algunas normas especiales sobre el uso de las armas

En Italia, el uso legítimo de las armas y, en general, la utilización de cualquier medio de coacción física por parte de los agentes de la Autoridad, ha tenido acogida como causa de justificación específica en el artículo 53 del Código penal de 1930, en el que se establece que, con independencia de los supuestos de los artículos 51 (legítima defensa) y 52 (ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber), «no es punible el agente público que con el fin de cumplir un deber del propio cargo, hace uso u ordena hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física cuando se vea obligado por la necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad». La norma del artículo 53 prevé también en su último párrafo la posibilidad de que la ley determine otros casos en los que se autorice el uso de las armas o de la coacción física.

La introducción en el Código de 1930 de una causa de justificación referida, expresa y concretamente, al uso legítimo de las armas inten-

(30) En la República Democrática Alemana, el uso de las armas se encuentra regulado en el artículo 17 de su Ley de policía de 11 de junio de 1968, que contiene, en lo que al principio de proporcionalidad se refiere, disposiciones semejantes a las de la legislación federal. En el párrafo segundo del citado artículo se enumeran los supuestos en que el uso de las armas está justificado: a) *Para impedir delitos*: 1) contra la soberanía de la RDA, contra la paz, la Humanidad y los derechos humanos; 2) contra la RDA; 3) contra la personalidad; 4) contra la seguridad general y contra el orden estatal; 5) cuando en la realización de los mismos se utilicen armas o explosivos. b) *Para impedir la huida*: 1) de personas altamente sospechosas de un delito grave (*Verbrechen*) o detenidas por el mismo motivo; 2) de personas altamente sospechosas de un delito leve (*Vergehen*) o detenidos por el mismo motivo si utilizasen armas de fuego o explosivos, hiciesen uso de la violencia contra sus guardianes o cuando aquélla fuese realizada colectivamente; 3) de personas condenadas a una pena de privación de libertad que intenten liberarse por la fuerza. La Ley de la RDA puede verse en MÜLLER-RÖMER: *DDR-Gesetze*, Verlag Wissenschaft und Politik, Colonia, 1975. En lo que a Austria se refiere, puede verse АДАМОВИЧ: *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, I, Springer, Viena, 1954, pp. 109-110.

taba poner fin a las controversias planteadas bajo el imperio del Código penal de 1889 sobre la determinación de cuál fuese la eximente más adecuada al uso de las armas por parte de los agentes públicos con el fin de cumplir un deber del propio cargo; esta previsión específica se justificaba, por lo demás, por la necesidad de fijar claramente los requisitos para que los agentes públicos y sus colaboradores legalmente requeridos se viesen eximidos de culpabilidad por las consecuencias de su acción (31).

El hecho de que el Código italiano del 30 acogiese expresamente el uso de las armas y, en general, de la coacción física por el agente de la Autoridad, entre las causas de justificación ha motivado el que haya sido consecuentemente la doctrina penalista la que con más detenimiento se ha ocupado de nuestro tema, y ello a pesar de la existencia paralela de una legislación sobre el mismo, a la que me referiré más adelante.

Se puede observar cómo la primera preocupación de los penalistas italianos ha sido la de hallar la relación existente entre el uso legítimo de las armas y las otras causas de justificación, en especial la constituida por la legítima defensa. Apuntaba antes que este mismo problema se había planteado en Alemania, aunque desde una perspectiva distinta, pues allí, como se acaba de ver, de lo que se trataba era de poner en relación la normativa penal de la legítima defensa con las leyes de policía u orden público reguladoras de la utilización de las armas por las fuerzas policiales.

En general—con alguna excepción importante (32)—, la doctrina penalista italiana está de acuerdo en afirmar la plena autonomía de

(31) Sobre los motivos de la introducción en el Código italiano de 1930 de la eximente del artículo 53, véanse las referencias sobre la *Relazione ministeriale* al Proyecto definitivo del nuevo Código, citadas por DI VICO: *Dell'eccesso nell'uso legittimo delle armi*, «Rivista Penale», 1973, pp. 882 y ss., en concreto pp. 885-886. También MARINI: *Uso legittimo delle armi*, «Novissimo Digesto italiano», XX, 1975, página 259; muy sucintamente la justificación de la norma viene apuntada por SANTORO: *Manuale di Diritto penale*, I, UTET, Turin, 1958, p. 215, y BETTIOL: *Diritto penale*, 6.ª ed., Cedam, Padua, 1966, p. 290. Sobre el concepto de *pubblico ufficiale*, vid. nota 42.

(32) MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. IV, UTET, 1961, páginas 310 y ss.; en la página 314 afirma claramente que estamos ante una hipótesis de legítima defensa. La diferencia entre los supuestos de los artículos 52 y 53 del Código penal italiano es, pues, apenas perceptible en este autor, tanto más cuanto que en su obra la legítima defensa viene considerada como un ejercicio privado de funciones públicas (vid. vol. II, p. 349). Estas consideraciones de MANZINI exigirían por lo demás tomar posición sobre la llamada «defensa legítima del Estado», tan discutida en la doctrina penal alemana (MEZGER-BLEI, BAUMANN, JESCHKE, etc.).

la norma del artículo 53 frente a los supuestos de cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y, sobre todo, de legítima defensa; ello es, por lo demás, plenamente consecuente con los motivos que dieron lugar a la introducción de la norma del artículo 53 en el Código de 1930, y que, como se ha visto, se concretaban en la necesidad de acabar con la polémica de cuál sería la causa de justificación aplicable al supuesto de la utilización de las armas o de la fuerza por los agentes de la Autoridad.

En un intento de delimitación entre la legítima defensa y el uso legítimo de las armas, DELOGU escribía recientemente (33) que aquélla es una causa de justificación *común* que puede ser invocada por cualquiera, mientras que ésta es una causa de justificación *propia* en cuanto que sólo puede ser invocada por el agente público autorizado. A ello ha de añadirse, siempre según nuestro autor, que mientras la legítima defensa exige la presencia de un peligro de ofensa injusta para un derecho, el uso legítimo de las armas prescinde de tal peligro y de su carácter de injusticia exigiendo exclusivamente que exista una violencia a repeler o una resistencia a vencer por parte de la Autoridad en el momento del cumplimiento de un deber del propio cargo. Con todo —y ello lo reconoce el mismo DELOGU (34)— en el Código Rocco la eximente del uso legítimo de las armas nació teñida de cierta especialidad o subsidiariedad respecto de la hipótesis general de la legítima defensa a la que de alguna forma prescinde para operar. En este sentido, ya en 1933 escribía DI VICO que en el caso de la legítima defensa la condición de agente público es igual a la de cualquier ciudadano que se encuentre en la misma situación de peligro, puesto que la ley no hubiera podido privar a aquél, sin una injusta disparidad de tratamiento penal, de la garantía de la legítima defensa común a todos los ciudadanos; sin embargo —añadía— esta misma garantía

tema que por razones obvias no será analizado en el texto. *Vid.* también al respecto la construcción de O. MAYER sobre el tema de la autodefensa administrativa en lo que concierne al funcionario al que me he referido en mi trabajo *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, cit.,

(33) DELOGU: *L'uso legittimo delle armi o de altro mezzo de coazione fisica*, en «Archivio Penale», 1972, pp. 166 y ss., en concreto pp. 176-177.

(34) *Op. cit.*, p. 183, en donde DELOGU resume su posición de la forma siguiente: la legítima defensa (art. 52) encuentra aplicación cuando el uso de las armas o de la coacción física es necesario para neutralizar el peligro inminente de la ofensa injusta de un derecho del agente público o de otros; la hipótesis del ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (art. 51) se da cada vez que el agente público cumple su obligación sin encontrar resistencia o violencia; la eximente del uso legítimo de las armas o de la fuerza (art. 53) se aplica, por último, en los casos especiales en donde para obtener el cumplimiento de la obligación la fuerza pública deba recurrir a la coacción directa.

no hubiera sido suficiente para asegurar la ejecución de las órdenes del Estado y a un tiempo la persona del agente público. De aquí, pues, la necesidad de construir una hipótesis especial de uso legítimo de las armas que se aplicase fuera de los casos de la legítima defensa (35). En definitiva, puede también afirmarse que, al igual que la doctrina alemana sobre el tema (KRÜGER, BLEI), la doctrina italiana sobre el artículo 53 del Código penal intenta en su mayoría acantonar los supuestos de legítima defensa a las agresiones injustas o ilegítimas contra un derecho del agente público (o de otros) e independizarlos de aquellos otros en que es cuestión de la realización de un deber por parte de aquél y frente a la cual encuentra un determinado grado de violencia o de resistencia (36).

La problemática de la relación existente entre el uso legítimo de las armas del artículo 53 y la causa de justificación constituida por el cumplimiento de un deber del propio cargo ha sido también analizada por la doctrina penalista italiana, que se ha visto en la necesidad de diferenciar de alguna forma los dos supuestos, so pena de considerar superflua la norma del artículo 53. No debe olvidarse a este respecto que en otros ordenamientos jurídicos en donde no se ha previsto una causa de justificación específica para el uso legítimo de las armas (España, Francia), este tema viene estudiado precisamente desde la perspectiva del cumplimiento de un deber de la propia función. No pretendo ahora, por supuesto, analizar esta polémica que ha de quedar reservada naturalmente a los penalistas, y en la cual nosotros los administrativistas hemos de estar a expensas de sus resultados. Lo que sí quisiera traer a estas páginas, para completar así esta panorámica sobre el tema en el Derecho italiano, es sencillamente un apunte general sobre distintas posiciones teóricas que han intentado esclarecer la relación entre las dos causas de justificación en un intento de descubrir la verdadera naturaleza de la que se encierra en el artículo 53.

(35) DI VICO, cit., p. 886. Vid. también ANTOISEI: *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Giuffré, Milán, 1963, p. 203, en donde afirma que estamos aquí ante un poder más amplio que la legítima defensa, que encuentra su razón de ser en la necesidad de tutelar la autoridad y el prestigio de las personas que ejercitan la función pública. BETTIOL: *Diritto penale*, cit., p. 291, pone el acento en el carácter subsidiario de la causa de justificación por uso legítimo de las armas o de la fuerza, en el sentido que se deberá recurrir a ella cuando no se pueda echar mano de la existente de la ejecución de una orden o de la legítima defensa que puedan justificar casos en los que la autoridad deba en concreto hacer uso de las armas.

(36) Cfr. nota 34.

Uno de los autores que más netamente ha diferenciado los dos supuestos de causas de justificación ha sido VENDITI, para el que la norma del artículo 53 (uso legítimo de las armas y de la coacción física) antes que un deber configura una facultad (37). «Si se tratase de un *deber*—escribe (38)—, el militar (y en general—añado—todo agente de la Autoridad, pues las situaciones son intercambiables, dada la identidad de normativa al respecto existente en Italia entre el ordenamiento penal común y el militar) estaría jurídicamente obligado a hacer uso de las armas cada vez que se diesen determinadas situaciones previstas por la ley; y cuando en tales situaciones echase mano de otros medios (por ejemplo, persuasión, astucia, estratagemas, etc.) violaría el *deber* de hacer uso de las armas. Lo que sería—concluye nuestro autor—claramente absurdo.» Para VENDITI la causa de justificación del artículo 53 contendría más bien una autorización legislativa que faculta al agente para hacer uso de medios adecuados a las exigencias de la situación; el uso de tales medios no concreta—apunta el autor italiano—el cumplimiento de un deber, sino el ejercicio de una facultad que tiene carácter instrumental respecto del cumplimiento de un deber. VENDITI pone el siguiente ejemplo: los agentes de vigilancia aduanera—y ello se verá más adelante cuando me refiera a la Ley de 4 de marzo de 1958, núm. 100—pueden hacer uso de sus armas contra un contrabandista sobre el que no exista duda alguna de que está armado. El deber no es el de disparar, sino el de reprimir el contrabando en la zona de vigilancia aduanera; para actuar tal represión—apunta nuestro autor—el agente puede hacer uso de sus armas en hipótesis taxativas (39).

Una posición distinta a la de VENDITI—y también mucho menos clara—ha sido la sostenida por DELOGU, al que ya hemos tenido oca-

(37) *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Giuffrè, 3.^a ed., Milán, 1973, pp. 216 y ss., en especial pp. 221 y ss. Ha de observarse que el Código penal: militar italiano reproduce en su artículo 41 la norma del artículo 53 del Código penal común.

(38) *Op. cit.*, p. 221.

(39) En algunos casos específicos—reconoce VENDITI (*op. cit.*, p. 225)—el uso de las armas puede venir configurado como un deber, pero—añade inmediatamente—se trata de supuestos excepcionales en los cuales el legislador deroga expresamente la normal configuración del instituto (el caso del centinela).

En consonancia con su posición, nuestro autor rechaza también el que el uso legítimo de las armas del artículo 53 pueda reconducirse a la hipótesis de ejercicio de un derecho; esta última, en cuanto causa de justificación, se refiere a supuestos de ejercicio de derechos subjetivos sancionados por normas extrapenales y no por normas penales. La posición de VENDITI sobre la naturaleza de la eximente del artículo 53 ha sido adoptada también por MARINI: *Uso legittimo delle armi*, cit., p. 281.

sión de referirnos. Para este autor (40), la cualificación jurídica subjetiva en base a la cual actúan los miembros de la fuerza pública es la de una potestad-obligación (*potere-obligo*), según obren para asegurar la ejecución de una orden administrativa o de una orden jurisdiccional. En todo caso y en este último supuesto, la distinción con la causa de justificación consistente en el cumplimiento de un deber del cargo—prevista, como ya sabemos, en el artículo 51 del Código penal italiano—aparece como especialmente ardua; tanto más cuanto que el mismo concepto de potestad viene entendido más bien como una categoría mixta entre potestad y deber. En definitiva, para DELOGU, entre los artículos 51 (cumplimiento de un deber) y 53 (uso legítimo de las armas) existiría una relación de subsidiariedad en la medida en que en este último—y ello no deja de ser sorprendente—«el cumplimiento del deber consiste en el uso de las armas u otro medio de coacción física necesaria para vencer una resistencia o rechazar una violencia contra la autoridad» (41). Las diferencias con VENDITI son evidentes, ya que en este último—como se ha tenido ocasión de ver—el concepto de deber está fuera de la causa de justificación del artículo 53.

No pretendo ahondar más en la problemática de las causas de justificación analizadas, pues ello—como ya ha quedado dicho—me haría entrar en un campo jurídico en el que—como administrativista—carezco de la legitimación adecuada y nos llevaría además muy lejos de nuestro tema de hoy. Lo que sí quisiera resaltar convenientemente es que en Italia ha sido la doctrina y jurisprudencia penales las que a partir de la norma contenida en el artículo 53 han desarrollado todo un sistema de requisitos o límites a la utilización de la fuerza o de las armas por parte de la fuerza pública, de innegable influencia en el ordenamiento jurídico-administrativo; el Tribunal de Cuentas italiano ha repetido siempre que la responsabilidad administrativa por uso ilegítimo de las armas se determina en base a los

(40) *Op. cit.*, pp. 177 y ss., en especial p. 182.

(41) *Op. cit.*, p. 182; ya en la página 177, a la hora de distinguir la norma del artículo 53 de los supuestos de legítima defensa, DELOGU había afirmado que esta última representa exclusivamente una facultad de la que la persona amenazada puede usar o no usar, mientras que el uso legítimo de las armas, siempre que se den los requisitos, es obligatorio para el agente público.

En todo caso, ha de señalarse que también DELOGU evita el reconducir la norma del artículo 53 al ejercicio de un derecho como cualificación subjetiva del agente actuante en cuanto que el derecho es el correlato de una esfera de autonomía, la cual no existe respecto de los órganos administrativos, que sólo pueden ser titulares de potestades y deberes (*op. cit.*, p. 179).

mismos criterios que se derivan del artículo 53 del Código penal (así, por ejemplo, en sentencia de 9 de febrero de 1956, *Frediani*).

En primer lugar, la doctrina italiana suele hablar de unos límites o *requisitos subjetivos* que condicionan la aplicación del artículo 53: a la causa de justificación contenida en el mismo sólo pueden acogerse los agentes de la fuerza pública (42) (de ahí que se hable precisamente de una causa de justificación propia o privilegiada) que actúen en el ejercicio de un deber propio de su función, lo que excluye del ámbito de la justificante todas las acciones realizadas con una finalidad distinta, esto es, con una finalidad privada. Si una finalidad de este tipo excluye automáticamente la aplicación del artículo 53, aunque se dé al mismo tiempo la finalidad exigida por la causa de justificación examinada, es algo que no procede discutir ahora; bástenos consignar que la doctrina analizada tiende a afirmar dicha aplicación, mientras el fin privado del agente público no constituya el único elemento motivador de su conducta y no sea en modo alguno preeminente (así, por ejemplo, *MARINI*). En todo caso el artículo 53 del Código penal ha querido precisar expresamente que de su esfera de aplicación se excluye cualquier supuesto de desviación de poder (43), dato éste que, por lo demás, integra en el campo jurídico-administrativo un supuesto de ilegitimidad sustancial (por utilizar la misma terminología de *ALESSI*) que desencadena la responsabilidad administrativa, como ya se ha tenido ocasión de apuntar hace poco.

Señalaba *DI VICO* (44)—y esto me parece un importante aspecto a resaltar—que ha de tratarse, además de la *ejecución actual* de un deber del propio cargo; esto es, ha de tratarse de una situación actual, de hecho, que impida el cumplimiento del deber. Si, por ejemplo—señala nuestro autor—, el agente público se encuentra de frente con una multitud sediciosa o procede a la ejecución de una orden de detención, entonces puede usar las armas para rechazar una violencia proveniente de dicha multitud, o para vencer la resistencia de la persona objeto de la orden de detención. Si, por el contrario—añade—, fuera

(42) Sobre la polémica italiana en torno al concepto de *pubblico ufficiale* utilizado por el artículo 53 del Código penal, *vid.*, entre otros, *DELOGU*, *cit.*, páginas 890-893.

(43) Señala *DELOGU* que, aun en el caso en que el artículo 53 del Código penal no hubiese previsto entre los requisitos de exclusión de la antijuricidad «la finalidad de cumplir un deber del cargo», el uso de la coacción llevado a cabo con otros fines tampoco estaría justificado, como no está justificado el abuso del derecho en el marco del artículo 51 del Código penal (ejercicio de un derecho), aunque éste no se refiera expresamente a este supuesto.

(44) *Dell'eccesso*, *cit.*, pp. 893-894.

de la actual ejecución de un deber del cargo, el agente de policía se ve agredido, el uso de las armas viene apreciado según las normas ordinarias de la legítima defensa, ya que en el momento de la agresión aquél no se encontraba en la necesidad de cumplir un deber de su cargo. Pero téngase en cuenta que para Di Vico no basta que el agente se encuentre en *servicio actual*, sino que es necesario que se encuentre precisamente en la *ejecución actual* de un deber de su cargo; los agentes de la fuerza pública—señala—están de forma general en servicio permanente, pero ello no es suficiente para legitimar sin más el uso de sus armas; tiene que surgir la necesidad del cumplimiento del deber, esto es, entre éste y el uso de las armas ha de existir una conexión de causa a efecto.

La generalidad de la doctrina y jurisprudencia italianas (como, por lo demás, también la alemana) admiten el uso de las armas putativo, pero el error ha de referirse a una situación de hecho que haga plausible dicho error (45) y no a las normas que legitiman el uso de las armas, pues éste incide sobre leyes penales y no es, por tanto, excusable (46). Ha de añadirse que si bien el putativo puede excluir la responsabilidad penal, no así la administrativa, ya que la inexistencia de los presupuestos de hecho integra en la sistemática jurídico-administrativa italiana uno de los supuestos de la figura general del *excesso di potere*.

Al lado de los requisitos subjetivos descritos—fuerza pública que actúa en cumplimiento de un deber de la propia función—, la norma del artículo 53 contiene una serie de *requisitos objetivos* que han sido puestos de manifiesto por la doctrina y jurisprudencia italianas que se han ocupado de nuestro tema y que se condensan en la «necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad».

No existe, ni mucho menos, unanimidad a la hora de determinar el alcance preciso de los conceptos de violencia y resistencia, sobre todo en lo que a esta última respecta. MARINI (47)—cuya posición puede considerarse en líneas generales como prevalente—ha definido la violencia como «todo comportamiento activo realizado por una o

(45) PANNAIN: *Manuale di Diritto penale*, I, 3.ª ed., UTET, Turín, p. 660, que cita la sentencia de 1 de febrero de 1955 del Tribunal de Casación, «Archivio Penale» 1955, II, 702.

(46) Sentencia del Tribunal de Casación de 9 de mayo de 1959, *Citarella*, en «Rivista Penale», 1960, II, 39, citada en *Massimario sistematico di Giurisprudenza sul Codice Penale*, ed. de D. Palazzo, vol. I, Editrice La Tribuna, Piacenza, s/f.

(47) *Op. cit.*, p. 264.

varias personas dirigido a crear en el destinatario motivos para una volición distinta de la impuesta por el deber del cargo o de servicio»; concepto que —como se ve— es de una gran amplitud, incluyendo no sólo la actividad física en sentido propio, sino también todo tipo de actividad destinada a crear en el destinatario un estado de coacción psíquica que motive su comportamiento. Nuestro autor no duda en incluir en el concepto de violencia también a la amenaza. Interpretación que a todas luces parece excesiva. Decía ya Di Vico que la violencia es siempre coacción física para imponerse al agente público e impedirle el cumplimiento de su deber; no basta, por consiguiente, la injuria verbal ni la simple amenaza que pueden tipificar otros delitos, pero no pueden subsumirse en la normativa del artículo 53 del Código penal (48).

Más dificultad, si cabe, ha planteado la determinación del concepto de resistencia; la doctrina analizada tiende a distinguir entre resistencia activa y resistencia pasiva (a las que se añade generalmente el supuesto de la fuga), sin que exista en modo alguno claridad respecto al contenido de cada una y a su delimitación frente a la norma del artículo 337 del Código penal (resistencia a agente público). DELOGU —basándose en la diferenciación que hace el artículo 53 entre violencia y resistencia— entiende que el uso de la coacción ha de considerarse autorizado frente a toda conducta, sea ésta activa u omisiva que se dirija a impedir la ejecución de un acto cuya actuación ha sido delegada a la fuerza pública; el mismo autor reconoce que esta interpretación puede parecer demasiado amplia, pero que encuentra su justa dimensión en el principio de la proporcionalidad (49).

(48) Di Vico, *op. cit.*, p. 395. Si bien este autor distingue entre violencia material y moral, añade que esta última ha de manifestarse en actos productivos de efectos similares a la violencia física; como ejemplo cita el caso de varias personas reunidas y armadas de bastones o piedras que amenazadoramente reclamasen la puesta en libertad de un detenido, manifestando la inminencia de una agresión contra el agente público. BETTIOL: *Diritto penale*, cit., p. 292, afirma, por su parte, que la violencia se traduce siempre en un comportamiento activo injustificado. La definición de SANTORO: *Manuale*, cit., p. 217, es mucho más amplia: Coacción ejercitada sobre otra persona para determinar su voluntad.

(49) *Op. cit.*, pp. 191-192; en el mismo sentido, MARINI, cit., pp. 264-265, que señala que el artículo 53 no se limita a disciplinar el uso de las armas, sino también de cualquier otro medio coactivo (DELOGU —como se ha visto en el texto— no se refiere al supuesto específico del uso de las armas, sino que habla de utilización de la coacción en general; de aquí que tanto él como MARINI adopten un concepto amplio de resistencia). *Vid.* también BETTIOL, *op. et loc. cit.*, para el que la resistencia no ha de ser meramente pasiva, sino que se requiere cierto «activismo»; para este autor, sería resistencia la actitud amenazadora de los huelguistas que se niegan a evacuar la fábrica por ellos ocupada ante la orden de evacuación regularmente dictada; no sería resistencia (al menos en el sentido

Requisito fundamental es el de que exista una verdadera *necesidad* de utilizar la coacción —o las armas— frente a una violencia o una resistencia: *quando vi è costretto dalla necessità*, dice textualmente el artículo 53. Al analizar esta expresión, la doctrina italiana considera generalmente que en ella se encuentra, por supuesto, incluido el principio de proporcionalidad, pues —aunque la norma del artículo 53 no lo menciona expresamente— desde un punto de vista lógico no es proporcionado ni adecuado todo lo que exceda los límites de lo necesario (50). Por lo tanto, es menester apuntar ya que la doctrina analizada sobre nuestro tema utiliza la noción de necesidad como una especie de *Oberbegriff*, en el que se encuentran incluidos todos los aspectos de la proporcionalidad (51). Y de entre todos ellos, el que

del artículo 53) el hecho de las mujeres de los huelguistas que se arrojasen a tierra a las puertas de la fábrica para impedir el paso de los vehículos de la policía; en este caso —escribe BERTIOL— el comportamiento es totalmente pasivo. Para SANTORO: *Manuale*, cit., p. 217, por el contrario, la resistencia consiste en cualquier forma de oposición del particular, distinguiendo entre mera desobediencia (resistencia pasiva), resistencia activa simple (ultraje, violencia y resistencia propiamente dicha) y resistencia activa agravada (oposición con medios más enérgicos). «*La potestà di impiegare le armi per dare esecuzione all'atto dell'Autorità si riferisce —escribe— a tutte e tre le indicate forme di resistenza.*» Lo que es francamente rechazable, tanto más cuanto que incluso este autor niega que haya de darse necesariamente una relación de proporcionalidad; esta última —según SANTORO— debe existir únicamente en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad.

(50) En este sentido, DI VICO, cit., p. 897; DELOGU, cit., p. 182; MARINI, cit., página 266; BERTIOL, cit., p. 292. Sobre la posición de SANTORO, vid. nota anterior; ANTOISEI: *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Giuffrè, Milán, 1963, páginas 203-4, es un tanto equívoco. *La reazione pertanto* (es decir, por ser un poder más amplio que la legítima defensa) *non è subordinata* —escribe— *al limite della proporzione con la minaccia*; sin embargo, añade a continuación que al vincular el artículo 53 el uso de las armas a una verdadera necesidad sólo significa que si realmente ésta no existiera estaríamos en el supuesto del exceso culposo previsto en el artículo 55 del Código penal italiano. En definitiva, me parece que ANTOISEI se conforma con uno de los aspectos del principio de la proporcionalidad en sentido amplio, que es la necesidad de la utilización del medio, y excluye la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la clase de medios utilizados. Con todo, en la edición de 1975 de su *Manuale* (p. 216) habla ya de la necesidad como indispensabilidad de la acción armada y de su insustituibilidad por otro medio.

(51) Sobre las distintas manifestaciones del principio de la proporcionalidad en el Derecho alemán, véanse más arriba p. 82 y nota 10. Afirmaba ya DI VICO, citado, p. 898, que en la hipótesis del uso de las armas la necesidad tiene un carácter prevalentemente objetivo, lo que la distingue del caso de la legítima defensa, donde aquélla reviste una matización más subjetiva en la medida en que el ataque se efectúa normalmente de improviso, lo que impide una justa apreciación de la gravedad del peligro. En el caso del uso de las armas, señala nuestro autor, el ataque puede ordinariamente preverse y además el agente que lo sufre ha sido habituado a afrontarlo; por consiguiente, concluye DI VICO, respecto del agente público ha de exigirse una severidad mayor en la apreciación de la necesidad de utilización de sus armas.

Ni que decir tiene —y ello ha sido subrayado por la doctrina analizada (por ejemplo, MARINI, cit., p. 265)— que la proporcionalidad aplicada a los medios uti-

mayor polémica ha originado en Italia ha sido precisamente el de la ponderación de intereses o, si se quiere, el tema de la proporcionalidad desde la perspectiva de los intereses en juego (*bilanciamento degli interessi*) (52). En efecto, mientras para unos la norma del artículo 53 consagra sin lugar a dudas la preeminencia del interés público (o interés de la Autoridad) sobre el interés privado del sujeto pasivo, estableciendo algo así como una presunción *iuris et de iure* en favor del principio de autoridad como bien digno de protección en todos los casos (53), para otros el principio de la ponderación de los intereses en juego ha de operar en toda su extensión en el caso del artículo 53 (54). En este último sentido hace notar DELOGU (55)—y creo que no le falta razón—que es precisamente en materia de causas de justificación en donde la ponderación de intereses viene realizada directamente por el legislador al afirmar en determinadas situaciones la prevalencia de un bien respecto de otro con el que el primero entra en conflicto con la consecuencia de que la ofensa al segundo no puede ser punible por ausencia de antijuridicidad material; sin embargo, en el artículo 53—a diferencia de las demás causas de justificación o de las normas específicas sobre uso de las armas que más adelante veremos—ningún bien ha sido declarado prevalente de manera absoluta y, por lo tanto, la ponderación de intereses habrá de llevarse a cabo en cada caso concreto. Esto quiere decir que la causa de justificación del artículo 53 sólo será aplicable si el interés público o el principio de autoridad que la coacción pretende afirmar viene considerado como prevalente frente al interés privado sacrificado (56). Por lo demás, en un Estado democrático de Derecho, basado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona, sería inaceptable

lizables exige que el uso de las armas constituya la solución extrema cuando no puedan utilizarse otros medios de coacción física a los que también se refiere el artículo 53 del Código penal, y aún, en este caso, se exige (MARINI) que dicho uso se realice en todo caso de acuerdo con las prescripciones de servicio existentes al respecto. Ha de añadirse además que existe general consenso en admitir que el artículo 53 se refiere exclusivamente a las «armas de ordenanza» o de dotación normal reglamentariamente prevista para los agentes de la autoridad.

(52) DELOGU, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

(53) Por todos, MARINI, *cit.*, pp. 261 y 266.

(54) DELOGU, *op. cit.*, pp. 193 y ss., en especial pp. 196-198. *Vid.* también BETTIOL, *cit.*, p. 292.

(55) *Op. et loc. cit.*

(56) Además—y ello ya ha sido señalado (DELOGU, VIGNA-BELLAGAMBA)—la negativa a aplicar el principio de la ponderación de intereses al supuesto del artículo 53, podría conducir a consecuencias totalmente absurdas, ya que al reducir la proporcionalidad a los medios utilizados, la autoridad, en el caso de que sólo poseyese uno de ellos, habría de usarlo siempre para afirmar el interés público.

la absoluta preeminencia del interés de la Autoridad en el supuesto del artículo 53; no ha de olvidarse que la ponderación de intereses en juego constituye un punto importante de la temática sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Temática—por lo demás—de inaplazable tratamiento en nuestro país.

El tema de la proporcionalidad desde la perspectiva de la libre ponderación de los intereses en juego se ha visto de todas formas complicado desde la entrada en vigor de la Ley de 22 de mayo de 1975, n. 152, sobre el orden público, que ha añadido al primer apartado del artículo 53 del Código penal las siguientes palabras: «... y en todo caso de impedir la consumación de los delitos de estragos, naufragio, inmersión, desastre aéreo, desastre ferroviario, homicidio voluntario, raptó a mano armada y secuestro de persona» (57). Con lo que a la «necesidad de repeler una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad», se añade como presupuesto legitimador de la utilización de la coacción física o de las armas el «impedimento de la consumación de determinados delitos». Así, pues—y ello ha sido señalado por VIGNA y BELLAGAMBA, los dos comentaristas de la citada Ley de 1975—, si en la formulación originaria del artículo 53 no se operaba, como se ha visto, ninguna valoración de los intereses contrapuestos, ninguna prevalencia del interés público sobre el privado, *el novum* de la Ley sobre el orden público está precisamente en que, respecto de los delitos en ella mencionados, se opera *iuris et de iure* una valoración

(57) La modificación del artículo 53 está contenida en el artículo 14 de la citada Ley de 1975. Para su texto y comentario al mismo, puede verse, VIGNA-BELLAGAMBA, *La Legge sull'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán, 1975, y sobre el artículo 14, pp. 87 y ss. Las disposiciones de esta Ley, que han aumentado considerablemente los poderes policiales, han sido fuertemente criticadas por ALLEGRETTI, *Legge sull'ordine pubblico e libertà costituzionali*, «RTDP», 2, 1976, pp. 473-530, que ha afirmado que aquéllas inciden de manera sensible en algunas libertades fundamentales, afectando a valores, tales como la tutela de la vida humana y las garantías procesales. En esta ley las libertades fundamentales se ven, según ALLEGRETTI, restringidas en base a supuestos de pura sospecha o de significado totalmente equivoco, sin que el control de la autoridad judicial pueda desenvolverse eficazmente. Nuestro autor no duda por ello en afirmar la ilegitimidad constitucional de la nueva normativa (así en pp. 475, 520, 528-530). «Así—escribe— el otorgamiento de poderes amplísimos a los aplicadores se encuentra en la nueva disciplina del uso legítimo de las armas (art. 14), que ya notablemente extendido en la formulación originaria del artículo 53 del Código penal, viene hoy alargado hasta comprender casos en los que en todo caso sea necesario impedir la consumación de algunos graves delitos. En este mismo supuesto se tiene, pues, el máximo de anticipación de la reacción sobre el hecho (acompañado de un máximo de gravedad de la intervención anticipada, que puede llegar hasta la muerte del inocente) y, por consiguiente, se ha hecho posible al aplicador el conferimiento de un sentido determinado a acontecimientos que pueden tener un significado equivoco» (p. 520).

anticipada de la preeminencia del interés público vinculado a la no consumación de aquellos delitos sobre aquellos otros intereses sacrificados por el uso de las armas o de otro medio de coacción física. En tales casos —según nuestros autores— la norma, de un lado, ofrece al agente un modelo de comportamiento que le protege contra eventuales interpretaciones erróneas; de otro, formula desde la perspectiva de la ponderación de intereses un juicio de prevalencia del interés público, excluyendo al juez de toda intervención al respecto (58). En todo caso, una inexcusable ponderación ha de llevarse a cabo respecto del momento en el que puede intervenir el uso de las armas para impedir la realización de los delitos citados; dicho momento debe necesariamente identificarse con el tentativo punible, esto es, con actos clara y directamente dirigidos a cometer los delitos tipificados en la reforma del artículo 53 del Código penal. Así, pues, han de verse excluidos —y por lo tanto no amparados por la nueva normativa— los llamados actos preparatorios por su equivocidad o ambivalencia (59). Aspecto este que ha sido, por lo demás, tenido en cuenta por una interesante doctrina germana (HOFMANN-RIEM, Götz) que ha justificado la intervención policial ante una apariencia de peligro, pero su alcance lo ha reducido a medidas provisionales tendentes a la aclaración de la situación (*gefahrerforschungseingriff*) (60).

La jurisprudencia italiana, por su parte (tanto el Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad patrimonial del agente público como los Tribunales penales), ha afirmado continuamente la necesidad de una relación de proporcionalidad en el marco del artículo 53 del Código penal, cuya ausencia tipifica el exceso culposo previsto en el artículo 55 del mismo Código (61).

(58) *Op. cit.*, p. 93. MARINI, cit., nota preliminar, se pronuncia también en el sentido de la prevalencia inequívoca del interés público en los nuevos supuestos introducidos por la Ley de 1975; aunque en este autor esta afirmación es perfectamente superflua, pues ya antes de la reforma del artículo 53 había afirmado lo mismo (vid. nota 53). Señalan VIGNA y BELLAGAMBA (pp. 93-94) que dada la gravedad de los delitos, la prevalencia del interés público podría siempre afirmarse sin la necesidad de añadir nada al artículo 53; sin embargo —escriben estos dos autores—, la *ratio* de la reforma está fundamentalmente en dar seguridad a la actividad de las fuerzas de orden público, protegiéndolas contra la variabilidad de las interpretaciones jurisprudenciales.

(59) VIGNA-BELLAGAMBA, cit., p. 94, cfr. sobre esto la denuncia de ALLEGRETTI sobre la posibilidad que ha abierto la reforma de 1975 de dar un determinado sentido a hechos que pueden tener un significado equivoco (más arriba, nota 57).

(60) Vid. HOFFMANN-RIEM, *Anscheinengefahr und Anscheinverursachung in Polizeirecht*, en «Festschrift für G. Wacke zum 70. Geb.», Verlag O. Schmidt, Colonia-Marienhurg, 1972, 327.

(61) Ha de tenerse en cuenta que la figura del exceso culposo que el Código penal italiano —como se dice en el texto— ha consagrado expresamente en su

En donde los Tribunales italianos han adoptado una clara posición restrictiva respecto al uso de las armas ha sido en los casos de fuga; existe una jurisprudencia prácticamente unánime en la afirmación de que ninguna ley faculta al agente de la fuerza pública a hacer uso de sus armas contra el particular que mediante la fuga se sustrae a una intimidación, salvo la facultad reconocida a los guardias de vigilancia de las cárceles por normas especiales respecto de los detenidos que intentan evadirse (62). La fuga viene equiparada por los Tribunales italianos (sean los Tribunales penales o el Tribunal de Cuentas) a la resistencia pasiva, que excluyen unánimemente del presupuesto de hecho del artículo 53 del Código penal. «La disposición sobre la legitimidad del uso de las armas en caso de necesidad de rechazar una violencia o vencer una resistencia como medio extremo de coacción de naturaleza excepcional—se lee en la sistematización jurisprudencial que ha realizado PALAZZO (63)—no es susceptible de interpretación extensiva, y no es aplicable en el caso de simple fuga o desobediencia a la orden de pararse o de venir acompañado en estado de arresto. El oficial o agente de policía no está justificado en tal caso, ni siquiera por la errónea convicción de cumplir un deber legal, sino que responde de homicidio o de lesiones si tales eventos se verifican con daño del fugitivo...» También la posición del Tribunal de Cuentas ha sido en esta materia perfectamente clara; así en una

artículo 55, respecto del ejercicio de un derecho, de la legítima defensa, del uso legítimo de las armas y del estado de necesidad, presupone siempre la existencia efectiva de las condiciones de legitimidad consagradas por el artículo 53; otra cosa muy distinta y, por lo tanto, ajena a la existencia de un exceso culposo, es la falta de condiciones de legitimidad. «Es necesario, ante todo—escribía DI VICO (op. cit., p. 898)—, el concurso de los presupuestos que constituyen el uso legítimo de las armas; de modo que, eliminado éste, queda sin ninguna duda también excluido el exceso; y el hecho asume el carácter de un delito ordinario, perdiendo aquél especial del exceso.» Más recientemente, en el mismo sentido, PANNAIN, op. et loc. cit. También la jurisprudencia, así una sentencia de la Corte de Casación de 12 de marzo de 1952, *Natalini*, Giustizia Penale, II, 695, estableció que faltando los presupuestos de la eximente del uso legítimo de las armas, se ha de excluir también el exceso culposo. En general, la causa de justificación del artículo 53 viene considerada como una hipótesis de *extrema ratio*: sentencias de 11 de julio de 1949, *Fedele*, Giustizia penale 1950, II, 697, con nota de SPIZUOCO, y de 17 de noviembre de 1952, *Ministerio del Interior*, Giustizia penale 1953, II, 346.

(62) Así, sentencia Cass. de 12 de marzo de 1952, *Natalini*, Giustizia penale 1952, II, 695; también sentencias Cass. de 11 de julio de 1950, *Montesi*, Giustizia penale 1952, II, 517, nota de DE MARTIA; Cass. 3 de junio de 1959, *Gravina*, ibidem 1960, II, 462: «L'uso delle armi contro chi si sottrae con la fuga ad una intimidazione od all'arresto non é legittimo, salvo le eccezioni previste da specifiche disposizioni di legge...»

(63) *Massimario sistematico di giurisprudenza sul Codice penale*, realizada por A. PALAZZO, vol. I, art. 53, n. 20-21, Ed. La Tribuna, Piacenza, s/f.

sentencia de 6 de marzo de 1965, n. 18, CULTRONE (64) afirmó que «el uso de las armas para vencer una resistencia opuesta a la autoridad debe considerarse legítimo solamente cuando tal resistencia se caracterice como activa, es decir, consista en la efectiva oposición de una fuerza ilegítima a la legítima de los agentes del orden; hipótesis esta que no se da cuando el empleo de las armas se lleve a cabo contra un individuo dado a la fuga para sustraerse al arresto o a la detención».

Ha de señalarse también que la jurisprudencia italiana ha sido rigurosa a la hora de apreciar la prueba en materia de causas de justificación; se exige que las situaciones de hecho que las fundamentan hayan sido probadas plenamente y no sólo en parte. Y la carga de la prueba incumbe al imputado. En el caso concreto del uso legítimo de las armas el Tribunal de Casación italiano ha exigido su prueba plena y rigurosa, afirmando que en caso contrario se excluiría la aplicación de la norma del artículo 53 (65).

Quisiera, por último, traer a estas páginas algunas normas especiales que disciplinan en el Derecho italiano algunos supuestos concretos de uso de las armas cuya existencia había previsto ya el mismo artículo 53 del Código penal al establecer en su apartado tercero que «la ley determina los otros casos en los cuales se autoriza el uso de las armas o de otro medio de coacción física» (66). Ni que decir tiene que aquí estamos ante una inequívoca materia de ley y, por lo tanto, la expresión del Código penal habría que entenderla en su sentido técnico de rango de ley formal; no siempre, sin embargo, se entendió así, y ya DI VICO, poco después de la promulgación del Código Rocco, daba a la expresión «ley» un sentido amplio, de forma que se incluyesen también los reglamentos (67). Lo cierto es que algunas normas reguladoras del uso de las armas tienen en Italia carácter reglamentario; la razón, sin embargo, puede estar—según nos dice VENDITTI (68)—en que se trata de reglamentos emanados en base a la famosa Ley de 31 de enero de 1926, n. 100, que había habilitado al Gobierno

(64) En *Foro amministrativo*, 1965, parte I, sección 3.^a, p. 89.

(65) Véase *Massimario sistematico...*, cit., vol. IV, art. 53, n. 36-42.

(66) MARINNI, cit., p. 259, nota 9, cita una enmienda a este apartado presentada por CAVAGLIA, dirigida a suprimir la mención al uso de las armas o a redactarlo de forma que se reenviase a la ley los «casos (no los otros casos) en los que se autoriza el uso de las armas o de los medios de coacción física».

(67) *Op. cit.*, p. 905.

(68) *Op. cit.*, p. 223, nota 97, de donde extraigo algunas normas que cito en el texto.

para dictar las normas necesarias para la ejecución de las leyes, para disciplinar el uso de las facultades correspondientes al poder ejecutivo y para regular la organización y el funcionamiento de la Administración *quand'anche si tratti di materie sino ad oggi regolate per legge*. Probablemente por tal motivo—nos señala el autor citado—no se han planteado objeciones, ya que dichos reglamentos han sido emanados con valor formal de ley. Sin embargo, bajo la nueva realidad constitucional es difícil admitir sin más esta argumentación, y creo que en algún caso existiría base suficiente para un juicio de legitimidad constitucional; el mismo VENDITI escribe que «con todo, vale la pena recordar que el problema existe». En todo caso—y ello es sintomático—, con posterioridad a la Constitución de 1947 no se ha dictado, a mi conocimiento, ninguna norma reglamentaria que regule supuestos concretos del uso legítimo de las armas, y ello por la sencilla razón de que la reserva de ley en este caso es evidente (69).

El Texto único de las Leyes de Seguridad Pública, aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1931, n. 773, contiene una serie de normas que hacen mención expresa de la utilización de la coacción; así el artículo 5-3.º, en materia de ejecución de actos de policía, establece que se autoriza «el empleo de la fuerza pública», y el artículo 24-2.º determina que a la ejecución de la orden de disolución de reuniones o manifestaciones ilegales «proveen la fuerza pública y la fuerza armada bajo el mando de sus respectivos jefes» (70). La previsión expresa del uso de las armas se encuentra, sin embargo, en el artículo 158-2.º, respecto del paso ilegal de la frontera: «*E autorizzato l'uso delle armi, quando sia necessario, per impedire i passaggi abusivi attraverso i valichi di frontiera non autorizzati*»; realmente se está aquí ante el supuesto que podemos llamar «del centinela» que constituye, junto al supuesto de evasión de estableci-

(69) En el período provisional existente entre el paso de un sistema autoritario a otro democrático se plantea siempre el problema de la existencia de «reservas preconstitucionales» o «consuetudinarias» en favor de la Administración en materias que bajo la nueva realidad constitucional están inequívocamente reservadas a la ley. Este es un tema que no se puede tratar con detenimiento en este trabajo, pero de indudable interés e importancia para el momento actual de nuestro país.

(70) En este caso—señala DI VICO, cit., p. 905—está implícito que el uso de las armas sería ilegítimo si no viniese justificado por la necesidad de rechazar una violencia o vencer una resistencia de la muchedumbre reunida.

Debe tenerse en cuenta que el Texto único de 1931 ha sido sometido a múltiples modificaciones y sobre sus normas han caído también las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte constitucional italiana. Se han elaborado también varios proyectos de Ley de Seguridad Pública tendentes a modificar o sustituir al texto de 1931; el cuarto de ellos (1967) ha sido traducido y comentado por J. LEQUINA Y J. SALAS en el núm. 57, de esta REVISTA, pp. 513 y ss.

cimientos de custodia o penitenciarios, prácticamente los dos casos particulares de uso legítimo de las armas no previstos por la norma del artículo 53-1.º (71).

Sin embargo, el artículo 158-2.º TUPS—cuya vigencia es, por lo menos, dudosa (72)—ha experimentado una importante restricción con la Ley de 4 de marzo de 1958, n. 100, que ha regulado el uso de las armas por parte de los militares y fuerza de policía de servicio en la frontera y en la zona de vigilancia aduanera en materia de represión del contrabando.

Efectivamente, el artículo 1 de la Ley sólo permite el uso de las armas—siempre precedido de la intimidación o de disparos al aire (artículo 5)—en los tres casos siguientes: *a)* cuando el contrabandista esté claramente armado; *b)* cuando el contrabando se realice de noche; *c)* cuando se trate de un grupo de más de tres personas. Casos a los que hay que añadir, por supuesto, las causas de justificación de la legítima defensa (art. 52 C. P.), uso legítimo de las armas (artículo 53 C. P.) y estado de necesidad (art. 54 C. P.). Sin embargo, aun cuando se den los tres casos previstos, el uso de las armas viene expresamente prohibido por la ley (art. 2) si el contrabandista se da a la fuga y abandona la carga. Ha de señalarse, por último, que no se prohíbe el uso de las armas contra los vehículos cuyos conductores desobedezcan la orden de detención «y los militares—añade el artículo 3—no tengan la posibilidad de alcanzarles» (73).

(71) La Ley de 18 de abril de 1940, número 494, disciplinó el servicio de vigilancia fronteriza realizado por militares en los siguientes términos: «Art. 1. Los militares en servicio de vigilancia en las fronteras están equiparados en la ejecución del servicio mismo a los centinelas en servicio de presidio. Art. 2. A los efectos de la aplicación del artículo 158 del T. U. de las Leyes de Seguridad Pública, los citados militares (en servicio de vigilancia en las fronteras), cuando divisen personas que intenten traspasar clandestinamente la línea de frontera, deben darles el alto con todo medio idóneo a manifestar la intimidación. Contra las personas a las que se ha hecho la intimidación que persistan en el intento de atravesar la frontera, el militar en servicio de vigilancia puede hacer uso de las armas.» Citada en JANNITTI-PIROMALLO, *Manuale delle Leggi di Pubblica Sicurezza*, Giuffrè, Milán, 1953, p. 573; también en VENDITTI (vid. nota 68).

(72) Sobre este tema, CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milán, 1969, p. 159. En todo caso será bien difícil determinar cuándo se aplica la norma del artículo 158, T. U. P. S., y cuándo la normativa de la Ley de 1958.

(73) El texto de la Ley de 1958 en *I Codici Penali*, anotados por LATTANZI, 8.ª edición, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 140-141. Sobre el tema de la compatibilidad del artículo 1, letra *b)*, de la Ley («cuando el contrabando se realice de noche»), con la Convención europea de los derechos del hombre (art. 2-2.º) de 1950, ratificada por Italia el 4 de agosto de 1955, vid., también, CHIAVARIO, cit., p. 163.

El artículo 94 del Reglamento de servicio de la Guardia de Finanzas, aprobado por Real Decreto de 6 de noviembre de 1930, núm. 1643, que la Ley de 1958 ha

Debe indicarse que la jurisprudencia italiana —y ello ya hemos tenido ocasión de comprobarlo— mantiene también una interpretación muy restrictiva sobre la legitimidad del uso de las armas en los supuestos de la Ley de 1958; así se afirma que la Guardia de Finanzas debe atenerse a los medios y a las modalidades de uso de las armas que las concretas circunstancias permitan considerar como suficientes para el fin específico de impedir el contrabando. Ni el artículo 53 del Código penal ni la Ley de 1958 justifican el homicidio del contrabandista en el caso de simple fuga o desobediencia a la orden de detenerse. El uso de las armas sólo debe considerarse autorizado en el caso de persistencia en los actos dirigidos a la consumación del delito de resistencia activa a la autoridad (74). Por lo demás, tratándose de servicios de vigilancia fronteriza, ha de tenerse en cuenta que el uso de las armas es únicamente legítimo dentro del territorio del Estado; en este sentido la jurisprudencia italiana ha considerado que el guardia aduanero que penetre en territorio extranjero y use su arma contra el fugitivo, alcanzándolo, no puede invocar la causa de justificación del artículo 53 del Código penal ni consiguientemente el exceso culposo del artículo 55 del mismo texto legal, por la sencilla razón de que no podía obrar legítimamente contra el fugitivo en el territorio de otro Estado y tanto menos hacer uso de sus armas (75).

El otro caso particular del uso legítimo de las armas, que amplía el ámbito de la causa de legitimación del artículo 53 del Código penal, viene constituido —como ya se ha apuntado— por el que podíamos

derogado en aquella parte incompatible con su contenido, establecía que «cuando los militares mismos descubran personas en actitud de contrabando, deben darles el alto. Si, a pesar de las intimidaciones, dichas personas adoptan actitud amenazadora o persisten en los actos dirigidos a la consumación del contrabando, puede hacerse uso de las armas para neutralizar los animales o inmovilizar los vehículos utilizados eventualmente para el transporte y, sucesivamente, cuando se haga necesario, también contra las personas» (citado por Di Vico, cit., p. 906).

(74) Cfr. *Massimario sistematico di giurisprudenza sul Codice penale*, cit., vol. I, artículo 53, n. 7, 15, 24 y 29; en el vol. IV, n. 33: «El uso de las armas por parte de los Guardias de Finanzas es legítimo, cuando las personas sorprendidas en actitud de contrabando, no obstante las intimidaciones a ellos dirigidas, persistan en el intento de consumir el contrabando llevando consigo la carga.» (Cass. sentencia de 30 de mayo de 1961, *Crevaschi*, *Giustizia penale* 1962, II, 267). Una sentencia de 14 de junio de 1951, en *Archivio penale* 1952, II, 197, afirmó que «è esclusa l'esimente dell'art. 53 Codice Penale nel caso della guardia di finanza che abbia sparato contro un contrabbandiere colpendolo mortalmente dopo che questo era stato già posto in fuga da un precedente colpo di pistola che gli aveva spappolato la mano».

(75) Sentencia Cass. 7 de abril de 1954, *Peletti*, citada por ALBANO en *Rassegna di Giurisprudenza sulle leggi di pubblica sicurezza*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 266-67. La cita también en *I Codice penali*, cit., p. 142, y en SANTORO, cit., p. 216.

el «supuesto de evasión» y que está descrito por el artículo 169 del Reglamento del Cuerpo de Agentes de Custodia, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1937, n. 2584 (76). Efectivamente, según dicha norma y además de las causas generales de justificación penales, los agentes pueden hacer uso de las armas en los casos siguientes: 1) en el interior del establecimiento, cuando se vean obligados por la necesidad de dominar una revuelta de detenidos o rechazar una agresión desde el exterior; 2) en los lugares donde los detenidos trabajen al aire libre y, además de la hipótesis anterior, para impedir la fuga, previas tres intimidaciones y un disparo al aire (77); 3) en el servicio de vigilancia externa de los establecimientos, previas las tres intimidaciones y el disparo al aire: a) cuando desde el exterior se intente penetrar en el establecimiento o perturbar de cualquier modo el orden (78); b) en caso de intento de fuga por parte de los detenidos, cuando el fugitivo se oponga a la detención con vías de hecho o con amenazas de violencia o, a pesar de la intimidación, no desista de intentar la evasión y no existan otros medios eficaces para impedir la. El uso de las armas está, por el contrario, prohibido si se trata de una evasión de hospitales psiquiátricos o reformatorios judiciales.

Así, pues, de los casos de fuga, en los que —como se ha visto— la jurisprudencia italiana niega la posibilidad de un uso legítimo de las armas por no considerarlos incluidos en el supuesto de hecho del artículo 53 del Código penal, hay que extraer como excepción el de la evasión de establecimientos penitenciarios, que está sometido a una regulación —reglamentaria (!)— específica.

En conclusión, pues, el reenvío que hace el artículo 53-3.º del Código penal italiano se concreta —como he señalado ya— en los supuestos del centinela o del contrabando, y en el de la evasión de estable-

(76) Citado por VENDITI, cit., p. 223.

(77) Di Vico, cit., cita el último apartado del artículo 181 del Reglamento para los institutos de prevención y de pena aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1931, n. 787, en el que se dispone que los agentes adscritos a la vigilancia externa de los establecimientos o a la custodia de detenidos que trabajan al aire libre, «están autorizados a hacer uso de las armas cuando se vean obligados por la necesidad de impedir la evasión». Disposición citada también por MANZINI, *Trattato*, cit., vol. IV, pp. 314-16, y por PANNAIN, *Manuale*, I, cit., p. 659.

(78) La amplitud de esta disposición es enorme. El mismo VENDITI —de quien extraigo el texto de la norma— pone en entredicho, siguiendo a CHIAVARIO (citado, página 161), la compatibilidad de este apartado con el artículo 2-2.º de la Convención europea de los derechos del hombre. Creo que no es necesario olvidar la época —período fascista— en la que estas normas fueron dictadas y cuya compatibilidad con la misma Constitución de 1947 es más que dudosa. Y esta consideración no se reduce únicamente al número 3, letra a), sino a la norma entera.

cimientos penitenciarios en los que la prevalencia del interés público (impedimento de la evasión, represión del contrabando) sobre el interés privado del sujeto concernido, viene establecida expresamente, lo que no ocurre, como ya sabemos, en la causa de justificación general del artículo 53-1.º del Código penal (aparte, claro está, el añadido de la modificación de 1975); precisamente el que en estos supuestos estemos ante lo que DELOGU denominaría causa de justificación *a fattispecie vincolata*, hace que su estructura se acerque más a la de las demás causas de justificación penales en las que también se opera una determinación previa y expresa del interés a proteger. Con todo, ha de tenerse muy en cuenta que esta prevalencia del interés público establecida expresamente en estos casos especiales de utilización de las armas, aunque incide sobre un aspecto del principio de proporcionalidad (ponderación de los intereses en juego), deja intactos los restantes, que por lo mismo han de ser de necesaria aplicación; la citada Ley de 1958 puede constituir en este sentido un ejemplo muy adecuado. Ley —no lo olvidemos— promulgada ya bajo la nueva realidad constitucional democrática. En todo caso ha de subrayarse que en el Derecho italiano se hace sentir la necesidad de someter a una profunda reforma, con rango legal apropiado, toda esta normativa especial, que procede en su casi totalidad —con la mencionada excepción de la Ley del 58— de un régimen que no se caracterizó precisamente por su amor a la libertad y por su respeto a los derechos fundamentales de la persona.

4. FRANCIA

Las causas generales de justificación del Código penal: el concepto de «motivo legítimo» del artículo 186 del Código penal. Los problemas de su aplicación. Algunas normas especiales sobre el uso de las armas. La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad: remisión

Nuestro tema no ha recibido en Francia un tratamiento tan detenido como el que acabamos de ver en Alemania y en Italia, ni una ley de policía lo ha regulado de forma general, ni su Código penal ha construido el uso legítimo de las armas como una específica causa de justificación penal. Es por ello por lo que en el ordenamiento fran-

cés todos estos casos se verán subsumidos en la causa de justificación general (*fait justificatif*) prevista en el artículo 327 del Código penal, que excluye la antijuridicidad de la acción cuando se encontrase prevista por ley y fuese ordenada por la autoridad legítima. «*Il n'y a ni crime ni délit*—establece el citado artículo—, *lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime.*» Pese a la redacción del texto legal, la doctrina penal francesa no considera que sea necesario el que se den cumulativamente las dos condiciones (mandato legal y orden de la autoridad legítima) en todos los casos posibles para que pueda entrar a jugar la causa justificativa; en algunos supuestos puede faltar la orden de la autoridad legítima cuando el mandato legal se dirige directamente a la persona que ha realizado la acción y que en virtud del mismo no tenía por qué esperar la orden del superior (así, por ejemplo, empleo de la fuerza por agentes o particulares en los casos de flagrante delito, el uso de las armas por los gendarmes en los supuestos contemplados por el Reglamento de la Gendarmería de 1903, etcétera) (79). Tampoco la doctrina ni la jurisprudencia francesas han entendido la expresión *ordonnés par la loi*, del artículo 327, en su sentido literal, sino más bien en el de *autorización legal* para realizar el acto, lo que es más concorde con el sentido de la causa de exclusión de la antijuridicidad y permite una mayor ponderación en los supuestos en los que ella se aplique (80). Digamos, por último, dentro de esta matización general de la norma del artículo 327, que por algún

(79) Vid. STEFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 8.^a ed., Dalloz, París, 1975, páginas 145 y ss., especialmente p. 148; también CEDIÉ, *Ordre de la loi*, en «Encyclopedie Dalloz, Droit criminel», París, 1954, p. 450, núm. 6. VOUIN-LÉAUTE, *Droit pénal et procédure penale*, P. U. F., Thémis, París, 1959, pp. 66-68; J. C. SOYER, *Droit pénal et procédure penale*, Lib. Gen. de Droit et de jurisprudence, París, 1975, páginas 115-116. El tema de la «orden de la autoridad legítima sin mandato de la ley» nos lleva al problema de la orden ilegal y la responsabilidad del inferior que la ejecuta, que excede naturalmente del tema que se trata en el texto. En el mismo sentido que el artículo 327 del Código penal francés, también el artículo 70 del Código penal belga: *Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité.*

(80) La idea está ya en GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du Droit penal français*, Sirey, París, tomo II, 1914, p. 55, nota 5, y en ORTOLAN, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp., L. López-editor, Madrid, 1878, I, p. 70. Y, por supuesto, también en la moderna doctrina penal francesa; la jurisprudencia, por su parte, ha hecho entrar en el marco del artículo 327 las llamadas «autorizaciones por costumbre», que justifican los castigos benignos impuestos por los padres a los hijos o por el maestro a los alumnos, así como todo tipo de lesiones deportivas. El que en este tipo de autorizaciones puedan incluirse las «violencias ligeras» de los agentes de la fuerza pública es más que problemático en ausencia de motivo legítimo (concepto éste sobre el que se volverá en el texto); la posición de STEFANI-LEVASSEUR, cit., p. 146, es claramente restrictiva a este respecto.

autor el concepto de «ley» que en ella se utiliza ha sido interpretado de forma de posibilitar el ejercicio de la potestad reglamentaria en este campo (81).

Con todo, a nadie se le escapa que el problema no está en la descripción e interpretación de la norma del artículo 327, sino en su precisa aplicación a los supuestos en los que la fuerza pública utiliza la violencia o incluso hace uso de sus armas. «Es evidente —escribía ya GARRAUD a principios de siglo— que la dificultad no está en reconocer este principio, sino en determinar las circunstancias en las cuales podrá ser invocado» (82). La ausencia de justificación (incluyendo, por supuesto, también la legítima defensa) en el empleo de la coacción por los agentes de la fuerza pública constituye en el ordenamiento jurídico-penal francés uno de los supuestos de «abuso de autoridad»; más concretamente el contenido en el artículo 186 del Código penal, que penaliza a todo funcionario, agente u oficial de la fuerza pública que *sin motivo legítimo* hubiese utilizado u ordenado utilizar violencias contra las personas en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones (83). Violencias ilegítimas que, por lo demás, se encontraban ya sancionadas por el artículo 82 de la Constitución del 22 de Frimario del año VIII (13 de diciembre de 1798), que consideraba como crímenes *toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois*.

El artículo 186 constituye esencialmente una aplicación particular de la causa justificativa general del artículo 327 referida concretamente a todo tipo de agente u oficial público; esto es, se prevé una causa justificativa especial en el caso del empleo de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones por los agentes públicos si ello tiene como base un *motivo legítimo*; la ausencia de este último, por el contrario, hace que la norma del 186 pase de ser una causa de jus-

(81) A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Cclin, París, 1971, p. 308, aunque sin realizar sobre el tema un análisis detenido. Al problema se refieren también sucintamente MERLE-VITU, *Traité de Droit criminel*, vol. I, Cuyas, París, 1973, pp. 425 y 426, nota 4.

(82) GARRAUD, cit., p. 53. La ley —añade más adelante (p. 54)— no cubre a sus agentes de ejecución que si obran legalmente, es decir, en calidad de tales y con cumplimiento de las formalidades protectoras de los derechos individuales.

(83) Otros supuestos de abusos de autoridad contra los particulares son los tipificados en los artículos 184 (violación de domicilio), 185 (denegación de justicia) y 187 (violación del secreto de correspondencia). Señalemos igualmente que la norma del artículo 186 del Código penal francés ha sido recogida casi textualmente por el artículo 257 del Código penal belga.

tificación para convertirse en una circunstancia agravante. Este doble contenido del artículo 186 se subraya de forma constante por la práctica totalidad de la doctrina francesa, que pone especial énfasis en la afirmación que aquel constituye para todo agente público una protección y una amenaza al mismo tiempo. En definitiva, pues, la utilización de la violencia (y por supuesto el recurso a la *ultima ratio* de las armas) sólo podrá verse justificada por un motivo legítimo; su ausencia provoca automáticamente una agravación de la pena que le correspondería al agente por la acción cometida (art. 186 en relación con el 198). «El crimen o el delito —escribía GARÇON en su conocido *Comentario*— se agrava, en efecto, por un abuso de poder o de autoridad. Es necesario que los ciudadanos sean protegidos contra las brutalidades que, siendo ilegítimas, son odiosas e inexcusables» (84).

De las condiciones de aplicación del artículo 186: a) violencias contra las personas; b) cometidos por un agente de los enumerados; c) en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, y d) sin *motivo legítimo*, es cabalmente esta última la que —como se puede suponer— ha planteado la mayor dificultad a la hora de su determinación (85). Y ello porque el Código penal no ha establecido con exactitud lo que ha de entenderse bajo esta expresión; la doctrina francesa sobre el tema viene discutiendo hace años si la determinación de los motivos legítimos debe dejarse a la libre apreciación de los jueces o debe encontrar su fuente en el mismo texto de la ley, o incluso si puede derivarse indistintamente de la discrecionalidad judicial o de la norma legal. Creo que la opinión más acertada es aquella (GARÇON, GARRAUD, DEBEYRE) que afirma rotundamente que la legitimidad del motivo sólo puede derivarse de la ley; sólo la ley —y ello incluso dentro de ciertos límites— puede permitir la utilización de la violencia en todas sus manifestaciones contra las personas. Señalaba certeramente GARÇON (86) que «un agente de la Autoridad no obtiene de su cualidad un derecho general de recurrir a la

(84) *Code pénal annoté*, puesto al día por ROUSSELET-PATIN-ANCEL, tomo I, Recueil Sirey, 1952, p. 737, núm. 3. En el mismo sentido, GARRAUD, cit., tomo IV, 1922, pp. 441-447; el artículo 186 —señala este autor (p. 442)— tiene por objeto proteger al funcionario que cumple con su deber, pero castigarlo más severamente si no lo cumple. DEBEYRE, *Abus d'autorité*, Encyclopedie Dalloz, Droit criminel, tomo I, París, 1953, p. 19, núm. 3, escribe que el artículo 186 constituye para los ciudadanos una garantía muy próxima a la prevista en el artículo 114, que sanciona los ataques a la libertad individual.

(85) Una descripción explicativa de estas condiciones en GARRAUD, cit., tomo IV, páginas 442-446; GARÇON, cit., pp. 737 y ss.; DEBEYRE, cit., p. 19.

(86) *Op. cit.*, p. 739, núm. 28.

fuerza; no lo puede hacer más que en los casos en los que la ley le autorice a ello». En definitiva, pues, la violencia no autorizada por la ley ejercida por el agente de la Autoridad sólo podrá verse eventualmente justificada mediante la legítima defensa (87). A nadie se le escapa que, debido a la generalidad de la redacción del artículo 187 del Código penal francés (mucho mayor por supuesto que la del artículo 53 del Código penal italiano, que posee un grado de concreción mucho mayor, como ya se ha tenido ocasión de ver), la determinación de la legitimidad del motivo para utilizar la violencia ha de derivarse de la específica legislación aplicable y de las circunstancias del caso. Y en lo que toca a la concreta legislación aplicable—si se exceptúa el caso de desórdenes públicos (*attroupements*)—no puede decirse que Francia haya regulado nuestro tema, al menos con la precisión con que lo han hecho los países anteriormente estudiados, y más en particular la República Federal Alemana.

En todo caso, la doctrina que se ha ocupado del concepto de motivo legítimo utilizado por el artículo 187 no ha dejado tampoco de afirmar que la legitimidad de la acción no deriva exclusivamente de su reconocimiento o tipificación por la norma, sino también de su necesidad. Es algo común en los autores que han analizado el contenido del citado artículo 187 el afirmar que la ley no puede ordenar ni autorizar violencias inútiles, y que la acción de los agentes ha de limitarse a lo estrictamente indispensable para conseguir la finalidad en ella consagrada (88); un autor belga—VERHAEGEN—, preocupado

(87) Nada autoriza—señala GARÇON (p. 739, núm. 35)—a un guardia jurado o a un gendarme a disparar sobre un cazador furtivo que huye; no existe motivo legítimo para utilizar las armas, y sólo podría escapar a la condena demostrando que se encontraba en la necesidad actual de defenderse. También en GARBAUD, citado, tomo IV, p. 446, se encuentra la afirmación de que la violencia ha de venir justificada por la ley y de que el agente de la autoridad no obtiene por su sola cualidad el derecho de usar la violencia para hacer ejecutar sus órdenes. Ello sólo es posible cuando la ley lo autoriza y en las condiciones y formalidades que prescribe. En el mismo sentido, DEBEYRE, cit., p. 19, núm. 11; en contra, entre otros, CEDIÉ, cit., p. 450, núm. 3, para el que, al no haber determinado el artículo 186 las circunstancias en las que resulta legítimo el uso de la violencia, corresponde a los jueces el apreciarlas soberanamente. Con todo, los autores que defienden una interpretación estricta del concepto de motivo legítimo afirman también que el uso de la violencia por los agentes públicos puede resultar *tácitamente* de una norma que les ordena realizar una serie de actos que comportan necesariamente el empleo de medios coercitivos.

(88) En este sentido, GARÇON, cit., p. 739, núm. 29; GARBAUD, cit., tomo IV, página 446; DEBEYRE, cit., pp. 19-20, núm. 16. VIDAL, *Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, Paris, 1921, 6.ª ed., puesta al día de MAGNOL, página 328, criticaba ya la falta de consagración en el Código penal francés de la figura del exceso, poniendo el ejemplo del Código penal italiano. Vid. también MERLE-VITU, cit., p. 426, en donde afirman que el exceso de celo manifestado

por estos temas, ha escrito que la medida inadecuada puede tomar tres formas elementales bien distintas que, en definitiva, vienen a coincidir con la triple manifestación de principio de proporcionalidad en sentido amplio a la que me refería al analizar el caso alemán: a) acto ineficaz y por tanto no apropiado, lo que hace totalmente gratuitas las lesiones que produzca; b) acto causante de lesiones superfluas, y, por último, c) acto excesivo con relación a la finalidad perseguida o —por utilizar la misma terminología del autor— con relación a la concepción general de los valores (89). Así, pues, también en la doctrina francófona se trata de dejar bien sentado que el principio de proporcionalidad —en todas y cada una de sus manifestaciones— debe presidir en todo momento la acción policial, sobre todo a la hora de utilizar un medio tan grave e irreversible como son las armas. A ello he tenido ocasión de referirme en páginas anteriores y no voy a insistir aquí.

Lo que sí quisiera apuntar es la existencia en algunos autores de un cierto desencanto a la hora de medir el verdadero alcance práctico de la norma contenida en el artículo 186 del Código penal francés (art. 257 del Código penal belga). Muy recientemente escribía RIVERO que la aplicación del mencionado artículo choca muy frecuentemente contra una serie de obstáculos: pretendida dificultad de identificar a los autores de los hechos cometidos durante una operación de policía, reticencia de los superiores a proporcionar el nombre de los culpables, presión sobre los testigos, lentitud del procedimiento e incluso indulgencia de la sanción en los casos en que se impone (90).

por el agente de ejecución es susceptible de excluir la justificación. GOYET, *Précis de Droit pénal spécial*, Sirey, París, 1933, p. 27, y también la puesta al día por ROUSSELET-ARPAILLANGE-PATIN, 1972, pp. 73-74, parece no dar suficiente realce al principio de proporcionalidad, así en materia de desórdenes públicos, y desoidos los apercibimientos previstos, GOYET afirma que *les agents doivent alors faire usage de leurs armes*.

(89) VERHAEGEN, *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'Autorité*, Bruylant, Bruselas, 1969, pp. 20-21. Señala este autor al mismo tiempo la dificultad de determinar en cada caso la medida más apropiada, y ello le hace afirmar que «el esquema legal que debe delimitar la acción del agente no puede ser dibujado con trazos demasiado precisos, demasiado concretos, so pena de no poder ajustarse y circunscribir todas las situaciones imprevisibles o complejas que solicitarán su intervención, y de sustraer a la elección del agente la solución particularmente bien adaptada a situaciones semejantes. Pero ¿quién negará —se pregunta más adelante— que esta *souplesse* de la definición no debe finalmente pagarse con una reducción sensible de las posibilidades de determinación de la medida ilegal?» (p. 30).

(90) *Les libertés publiques*, 2, PUF, París, 1977, p. 57; más adelante (p. 82), después de afirmar nuestro autor que el disparo suele producirse con una facilidad creciente, escribe que «sería vano subestimar, en un período en el que la

PISIER-KOUCHNER (91), por su parte, al estudiar la responsabilidad en materia de policía, se ha referido también a esta serie de obstáculos que han dificultado grandemente la aplicación de la norma del artículo 186, señalando especialmente la amplitud con que se ha interpretado el concepto de motivo legítimo y criticando con esta ocasión que su determinación no se derive exclusivamente de los términos de la ley, sino también de las circunstancias de la causa de libre cualificación por el juez; posición que hemos visto defendida antes por destacados penalistas. Con todo, en una de las raras sentencias recaídas en este campo, el *affaire Baud*, juzgado por el Tribunal Civil de Lyon el 20 de noviembre de 1961 (92), después de que el Consejo de Estado no hubiese admitido el recurso basándose en que los Tribunales ordinarios eran los únicos competentes para conocer los litigios sobre daños causados por los agentes de la policía judicial, se afirmaba claramente que las funciones de policía no confieren por ellas mismas el derecho a recurrir a la violencia: «... *qu'il importe tout d'abord de préciser*—se lee en la sentencia, que sigue en este extremo la opinión de GARÇON citada más arriba—*qu'un agent de la force publique ne puisse pas dans cette seule qualité un droit général de recourir a la violence; que c'est parce que ses fonctions consistent à assurer l'exécution des lois et des ordres de l'autorité judiciaire que le législateur l'a, dans certaines circonstances, autorisé a user de violences envers les personnes pour qui force reste a la loi...*»

Otro de los obstáculos a la plena aplicación del artículo 187 señalado por la autora francesa, y en lo que coincide también con RIVERO, es la incapacidad de reconocer a los autores; precisamente para superar esta dificultad señala PISIER (93) que en alguna ocasión se intentó hacer jugar el artículo 314 del Código penal (la famosa *loi*

criminalidad se agrava, las dificultades de la acción policial y los peligros a los cuales están expuestos los que la realizan. Pero esta evidencia no excusa ni de las brutalidades sistemáticas ni de la falta de sangre fría. Si la policía se deja ella misma ganar por el clima de violencia al que tiene precisamente como función que enfrentarse, no hace más que exacerbarlo: se entra en el famoso círculo infernal contestación-represión. Más todavía que las normas, la selección, la formación, el encuadramiento de las "fuerzas del orden" han de jugar un papel esencial para que no se conviertan en los auxiliares objetivos del desorden». En el mismo sentido de los obstáculos existentes a la responsabilidad penal del agente culpable, *vid.* la referencia que hace también ROBERT, *Libertés publiques*, Montchrestien, París, 1971 (puesta al día 1975), p. 237, y también VERHAEGEN, *cit.*, páginas 47-52.

(91) *La responsabilité de la police*, Dossiers Thémis, PUF, París, 1972, pp. 10 ss.

(92) *Cit.* por PISIER-KOUCHNER, pp. 16-18; también por VERHAEGEN, *cit.*, páginas 115-117.

(93) *Op. cit.*, p. 12.

anticasseurs de 8 de junio de 1970), planteando desde una nueva perspectiva la responsabilidad «colectiva» de la policía; recordemos que la Ley de 1970 castigaba a los instigadores, organizadores y participantes en una *action concertée, menée a force ouverte par un groupe* cuando se hubiesen cometido violencias o vías de hecho contra las personas o se hubiesen causado destrucciones o degradaciones a los bienes (94). Por último, nuestra autora se refiere también a la abusiva extensión operada por la jurisprudencia francesa (de manera constante desde una vieja sentencia de la *Cour d'appel* de París de 14 de junio de 1876) de la limitación de la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de su función a los casos expresamente previstos en el artículo 505 del Código de procedimiento civil (dolo, fraude, cohecho, denegación de justicia, falta profesional grave) a los miembros de la policía judicial (95).

Con independencia de las dificultades apuntadas que obstaculizan la aplicación del artículo 187 del Código penal, muchos de los problemas que en Francia se plantean alrededor del concepto de *motivo legítimo* tienen su origen —y ello ha sido ya subrayado— en la falta de una norma general de rango adecuado que tipificase con más o menos concreción los supuestos de uso legítimo de la fuerza o de las armas por parte de los agentes de policía. Con todo, en el *Droit pénal* francés nuestro tema ha sido regulado con cierto detenimiento en lo referente a la disolución de manifestaciones tumultuarias o sediciosas (*Attroupements*) por el artículo 104 del Código penal, según redacción dada por una Ordenanza n. 60-529, de 4 de julio de 1960, ampliamente inspirada en la ley sobre manifestaciones sediciosas de 7 de junio de 1848. En efecto, allí se dispone que «los representantes de la fuerza

(94) La *loi anticasseurs* de 1970 (hoy art. 314 C. P.) ha yuxtapuesto a la responsabilidad administrativa la responsabilidad personal de los causantes de los daños corporales y materiales, permitiéndose al juez rebajarla a una parte de los mismos. En todo caso a la víctima le queda abierta la vía tradicional de exigir responsabilidades al municipio en aplicación de los artículos 116 a 122 del Código de administración comunal. Señala RIVERO, cit., p. 351, que la aprobación de la Ley —producto de los acontecimientos de mayo de 1968— suscitó vivos debates en el Parlamento al percibirse un elemento de responsabilidad colectiva contraria a los principios fundamentales del Derecho penal. La jurisprudencia, a pesar del intento que señala PISIER —y del que hemos hecho mención en el texto—, no ha confirmado estos temores. Sobre el tema, también ROBERT, cit., p. 521 y siguientes; COLLARD, *Libertés publiques*, 5.ª ed., Dalloz, París, 1975, pp. 654 y ss.

(95) El artículo 505 del Código de procedimiento civil ha sido derogado por la Ley 72/628, de 5 de julio de 1972; sus reglas, sin embargo, continúan aplicándose hasta la entrada en vigor de disposiciones legislativas concernientes a la responsabilidad de los jueces. Observación tomada de FENET, *Les libertés publiques en France*, Thémis, PUF, París, 1976, p. 250. Vid. también VEDIZ, *Droit administratif*, Thémis, PUF, París, 1973, p. 423.

pública, llamados para disolver una manifestación sediciosa o para asegurar la ejecución de la ley, de una sentencia o de una orden judicial, pueden hacer uso de la fuerza, si violencias o vías de hecho se ejercen contra ellos, o si no pueden defender de otra forma el terreno que ocupan o los puestos cuya guardia les ha sido confiada». Realmente esta disposición del apartado tercero del artículo 104 excede del supuesto concreto del *attroupement*, pues en ella se hace igualmente mención de «ejecución de la ley, de una sentencia o de una orden judicial» y, por lo tanto, podría extenderse a situaciones en las que no existiese una manifestación sediciosa en sentido estricto (96). De hecho—como se verá en seguida—casi los mismos criterios del artículo 104, 3.º, del Código penal se encuentran también acogidos por otras normas que han regulado la utilización de la fuerza por los agentes de policía.

El ataque, pues (además del supuesto del «centinela»), justifica, dentro del marco de la proporcionalidad, la violencia de la policía en los casos de disolución de manifestaciones sediciosas o simplemente en el ejercicio de su función; en esto realmente el Derecho francés no se diferencia de lo que ya hemos visto en los ordenamientos alemán e italiano. Si bien en estos últimos—como ya he subrayado—la regulación de nuestro tema está mucho más perfilada y no hay que ir a buscar—como en el caso francés—en regulaciones sectoriales pensadas para supuestos concretos. Lo que, sin embargo, puede decirse es que cuando el legislador francés se ocupa de nuestro tema utiliza—como ya he señalado—criterios semejantes a los del artículo 104-3.º del Código penal (97). Así el artículo 231 de la antigua Ley sobre la Gendarmería del 28 Germinal año VI (1798)—que hoy se encuentra reproducido por el artículo 174 del Decreto sobre organización y servicio de la Gendarmería de 20 de mayo de 1903—, estableció que «los miembros de la Gendarmería Nacional requeridos sea para asegurar la ejecución de la ley, de sentencias, ordenanzas o

(96) No es éste el lugar de analizar detenidamente el concepto de *attroupe-ment*; sobre el alcance del mismo pueden verse ROBERT, cit., p. 517; COLLARD, citado, p. 649; RIVERO, cit., p. 347; entre los penalistas, GARRAUD, cit., tomo III, 1918, página 804.

(97) El artículo 104 del Código penal se ocupa también de la disolución de *attroupe-ments* fuera de los casos previstos en su apartado tercero, esto es, cuando no existiesen violencias o vías de hecho contra las fuerzas de policía; en este caso se establece que *l'attroupe-ment est dissipé par la force* después de una serie de apercibimientos previos. Un Decreto, 80-896, de 24 de agosto de 1960, ha reglamentado el procedimiento de disolución de este tipo de manifestaciones; también un Decreto, 61-762, de 21 de julio de 1961, estableció la necesidad de repetir el apercibimiento si fuese necesario hacer uso de las armas.

mandamientos judiciales o de policía, sea para disolver motines populares o manifestaciones sediciosas y ampararse de los jefes, autores o instigadores del motín o de la sedición, sólo podrán desplegar la fuerza de las armas en los dos casos siguientes: primero, si violencias o vías de hecho se ejercen contra ellos mismos; segundo, si no pueden defender de otra forma el terreno que ocupan, los puestos o personas que les han sido confiados o, en fin, si la resistencia es tal, que sólo pueda ser vencida por el empleo de la fuerza armada». He aquí, pues, una descripción general de los supuestos en los que sería posible la utilización de las armas y en los que, consiguientemente, el agente podría alegar un *motivo legítimo* en su actuación; su inconveniente mayor está en el rango normativo de la norma que la contiene, pues ésta es inequívocamente una materia que —como ya se ha señalado— ha de estar reservada a la ley y no acantonada en los reglamentos de servicio de las fuerzas de orden público.

También quisiera citar aquí una Ley de 28 de diciembre de 1943 (J. O. de 4 de enero de 1944) que reglamentó el uso de las armas por el personal de los establecimientos penitenciarios y que siguió utilizando los criterios que ya conocemos, adaptándolos naturalmente a la especialidad del supuesto e incluyendo el caso de la fuga del establecimiento penitenciario (98). Pero puede que quizá haya sido la Ordenanza número 58-1309, de 23 de diciembre de 1958 (J. O. de 25 de diciembre) relativa al uso de las armas y al establecimiento de controles de circulación por el personal de la policía, la que con más detenimiento reguló nuestro tema; debe apuntarse en seguida que esta Ordenanza se inscribe en el marco de la grave situación de crisis por la que atravesaba Francia en aquellos años; situación que explica la excesiva amplitud de su contenido, que, por lo demás —y ello corrobora su vinculación a una situación excepcional—, tuvo una vigencia temporalmente limitada. El artículo primero de la Ordenanza de 1958 establecía que los miembros de la policía en uniforme, fuera de los supuestos de legítima defensa, orden de la ley (arts. 327-329 C. P.) y manifestaciones sediciosas (*attroupements*, Ley de 7 de junio de 1848 en aquel momento, hoy art. 104 C. P.) podían hacer uso de sus armas en los casos siguientes (99):

(98) Véase *Codes et Lois. Droit public et Droit privé*, 3, Ed. Techniques, París. Sobre evasión de detenidos, *vid.* también los artículos 237 y siguientes del Código penal.

(99) El texto de la Ordenanza en «Recueil Sirey», 1959, p. 132; el *Code administratif* Dalloz (1972) la cita sin texto en la página 745. Debe tenerse en cuenta

a) Cuando se ejerciesen contra ellos violencias o vías de hecho, o cuando se viesen amenazados por individuos armados.

b) Cuando no hubiese otra forma de defender el terreno que ocupan, las instalaciones que protegen, los puestos o las personas que les han sido confiadas o, en fin, si la resistencia fuese tal, que sólo pudiese ser vencida por la fuerza de las armas.

c) Cuando personas invitadas a detenerse mediante repetidos llamamientos de «alto, policía», hechos en alta voz intentasen escapar y no pudiesen ser obligadas a detenerse de otra forma que por el uso de las armas.

d) Cuando no hubiese otra forma de inmovilizar los vehículos, embarcaciones u otros medios de transporte, cuyos dueños no cumplieren la orden de detenerse.

No volveré a insistir en la amplitud de los supuestos aquí tipificados; son más bien fruto de la circunstancia apuntada, que de una pretensión de establecer una regulación permanente en este campo. El hecho es que hoy—como ya se ha dicho—el artículo primero de la Ordenanza de 1958 ya no se encuentra en vigor y que toda la problemática sobre nuestro tema es, en líneas generales, la apuntada en las páginas anteriores. En todo caso sería altamente deseable que el legislador francés tomase conciencia de la importancia del tema y no dejase su regulación a la Administración, sea por la vía de las Ordenanzas, sea por la vía reglamentaria, autónoma o no.

Con todo, no quisiera acabar esta descripción general de la situación francesa sin mencionar el hecho de que si—como hemos visto—el establecimiento de la responsabilidad penal en este campo se ve grandemente dificultado, no se puede decir lo mismo de la responsabilidad administrativa que el Consejo de Estado francés ha venido admitiendo desde que el *arrêt* TOMASO-GRECO de 10 de febrero de 1905 acabó con el principio de irresponsabilidad en materia de policía, si bien, es verdad, también exigiendo en la mayoría de los casos la existencia de una «falta grave» (*faute lourde*). El uso de las armas en las operaciones de policía comportará precisamente una importante excepción a esta regla, ya que en este caso la Administración responderá siempre de manera objetiva del daño causado si se trata de terceros, o solamente por «falta simple» (*faute simple*) si se trata de

que la Ordenanza de 1958 fue prácticamente derogada por la Ordenanza 62-797, de 13 de julio de 1962 («J. O.» de 17 de julio), que dejó subsistente su artículo 1.º (supuestos de uso de las armas) hasta el 31 de mayo de 1963.

personas concernidas por dichas operaciones (sin olvidar, por otra parte, que la responsabilidad en materia de represión de manifestaciones tiene en Derecho francés sus reglas específicas) (100). Baste aquí este apunte en materia de responsabilidad administrativa, tema que —como se ha podido comprobar— tampoco he tratado en los ordenamientos anteriormente analizados, pues no era ésa la finalidad de estas líneas, que sólo han pretendido poner de manifiesto en el Derecho de los principales países de nuestro entorno la problemática de la más grave manifestación de la coacción directa ejercida por la Administración. Ni que decir tiene que la responsabilidad administrativa en este campo justifica y exige un tratamiento separado.

(100) Cfr. los *arrêts* FRANQUETTE et DARAMY y CONSORTS LECOMTE, ambos de 24 de junio de 1949, y Dame Aubergé et Dumont, de 27 de julio de 1951, entre otros, respecto de los supuestos de responsabilidad enunciados en el texto.