

POLICÍA DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

JAVIER BARCELONA LLOP

SUMARIO: — I. Introducción. — II. La complejidad del modelo policial español y la unidad del sistema de responsabilidad patrimonial: planteamiento general y algunos supuestos singulares. En concreto, las unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a las Comunidades Autónomas y la Guardia Civil en el desempeño de funciones de naturaleza militar. — III. Continuación: el caso de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Un respuesta diferente. 1) Planteamiento. 2) La responsabilidad patrimonial de la administración por actos de la policía judicial en Francia: la aplicación común de los principios del derecho público. 3) La cuestión en España: ¿responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en virtud del régimen común o responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia? — IV. El funcionamiento normal o anormal del servicio de policía de seguridad. — V. La relación de causalidad y la incidencia en la misma de la conducta de la víctima. — VI. Dedicación profesional y responsabilidad patrimonial de la Administración. Daños causados por funcionarios de policía fuera de servicio. 1) Aproximación a la situación de dedicación profesional o servicio permanente. Su posible incidencia en la permisividad de la porta de armas fuera del servicio. 2) Referencia al caso francés: de la falta personal a la ampliación del sistema de la responsabilidad administrativa. 3) Soluciones contradictorias en la jurisprudencia contenciosa sobre responsabilidad de la Admini-

* Se ofrece ahora la versión escrita y ampliada de la ponencia presentada por su autor a las «Jornadas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y los seguros», celebradas en Zaragoza a caballo de los meses de octubre y noviembre de 1992. Agradezco a la organización de las Jornadas, y concretamente a D. Ramón SALANOVA ALCALDE, Director General de Administración Local de la Diputación General de Aragón, la autorización concedida para publicar el presente trabajo que, en su día, habrá de ver la luz en las correspondientes Actas. He de expresar asimismo la especial satisfacción que me produce el hecho de que esta publicación tenga lugar en la naciente, y espero que longeva, Revista Aragonesa de Administración Pública, tan vinculada a lo que ha sucedido al extinto, entrañable y recordado Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Zaragoza entre cuyas paredes —en aquel viejo edificio hoy, a lo que parece, ya casi clausurado— me aproximé por vez primera al tema objeto del presente trabajo allá por el curso académico 1983-1984.

tracion y dedicación profesional. El tema de los daños causados por funcionarios fuera de servicio. — VII. Algo sobre la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas derivada de los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad. 1) Planteamiento de la cuestión. 2) El fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por los delitos o faltas cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad. 3) Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos en acto de servicio. 4) Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos fuera del servicio ordinario. De nuevo, la dedicación profesional. 5) Continuación: Especial referencia a la Sentencia de 12 de marzo de 1992 (caso: J. Amedo y M. Domínguez) y a su voto particular. 6) ¿No incide de algún modo el sistema de responsabilidad directa y objetiva en el régimen de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración previsto en el Código Penal? Las previsiones del futuro Código Penal en este punto. — VIII. Reflexiones finales. — IX. Apéndice jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN**

Ninguna duda cabe de que en la cláusula legal de imputación sobre la que se monta el sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento, encajan perfectamente los daños ocasionados por las actuaciones policiales aunque el de policía de seguridad no constituya un servicio público en el sentido que técnicamente corresponde al concepto (1). La interpretación que tempranamente diera GARCÍA DE ENTERRÍA a la expresión legal de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, equiparándola con el giro o tráfico admi-

** A punto de finalizar la redacción del presente estudio, se publica en el BOE de 27 de noviembre de 1992 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyos artículos 139 sigs. se regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La nueva Ley deroga los arts. 40 a 43 LRJAE, pero tan sólo se aludirá de forma expresa a la nueva regulación en caso de que, efectivamente, en algo sea nueva.

(1) Vid. J. BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, Oñati, HAEE/IVAP, 1988, 81 sigs. Lo que se dice en el texto toma como punto de partida una comprensión estricta de la noción de servicio público y no la amplia que se encuentra en la base de las construcciones de la Escuela de Burdeos. Vid. sobre esto, recientemente, L. MARTÍN REBOLLO: «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP* 100-102, vol. III, 1983, 2471 sigs.

Por otra parte, entiéndase hecha desde este mismo momento la remisión en bloque a las importantes exposiciones de conjunto que entre nosotros existen sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Buena parte de los hitos doctrinales sobre la materia van a ser citados en lo sucesivo; baste ahora, por eso, con la mención a los nombres de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, L. MARTÍN REBOLLO, J. LEGUINA VILLA o, más recientemente, S. MUÑOZ MACHADO, entre otros. Quizá por ser poco conocida, merece la pena citar expresamente la panorámica española de L. MARTÍN-RETORTILLO en el volumen *La responsabilidad de la Administración pública*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1986.

nistrativo o, simplemente, con la actividad de la Administración, excusa cualquier otro argumento tendente a justificar el aserto anterior (2). Y, sin embargo, la consulta de los repertorios jurisprudenciales pone de manifiesto que, a lo largo del proceso de afianzamiento en España del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tan apenas se encuentran sentencias en las que el TS aborde la aplicación de aquel a la actuación de las fuerzas de seguridad. De hecho, no es sino hasta los años ochenta cuando, al menos a la vista de lo que sucede en la jurisprudencia, la Administración responde patrimonialmente por los daños derivados de las acciones de policía de seguridad (3).

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, publicado inicialmente en forma de libro por el Instituto de Estudios Políticos en 1955 (antes en *ADC*, tomo VIII, fascículo 4, 1955, 1023 sigs.) y ahora reeditado facsimilarmente por Civitas, 1984, 199-200 de ésta última edición, que es la que se maneja. La misma idea en «Verso un concetto di Diritto amministrativo come diritto statutario», *RTDP* 23, 1960, 337-338; «La figura del contrato administrativo», *RAP* 41, 1963, 116-117; y, en fin, en el volumen I del *Curso de Derecho administrativo*, con T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Madrid, Civitas, 1989, 50-51. Al margen de las posibles diferencias de planteamiento, una similiar interpretación del concepto de servicio público en relación con la afectación de los bienes se encuentra en M. BALLBE PRUNES: «Dominio público», *NEJ*, tomo VII, Barcelona, F. Seix Editor, 1955, 784-785.

(3) Forzoso es señalar que en Francia se observó en su día una situación parecida; desde que en 1873 el Tribunal de Conflictos falla en el célebre asunto BLANCO hasta que se admite la aplicabilidad del sistema de la responsabilidad a los daños policiales transcurren más de treinta años, pues tal no tiene lugar sino en el caso TOMASO GRECCO, del Consejo de Estado, de 10 de febrero de 1905 que es en el que la doctrina francesa localiza el abandono del principio de irresponsabilidad en materia de policía, principio justificado por E. LAFERRIERE a partir de la distinción entre actos de gestión y actos de *puissance publique* y mantenido por el Consejo de Estado en, por ejemplo, el *arrêt* LEPREUX, de 13 de enero de 1899; vid. E. LAFERRIERE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 1989, vol. II, 174. Sobre la importancia del caso GRECCO en esta materia, aunque la demanda fue desestimada, vid., entre otros, J. MOREAU: *La responsabilité administrative*, Paris, PUF, 1986, 12; G. BRAIBANT: *Le Droit administratif français*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, 1984, 270; R. CHAPUS: *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1992, vol. I, 962; A. DE LAUBADERE-J.C. VENEZIA: *Traité de Droit administratif*, Paris, LGDJ, 1990, vol. III, 200, y en el vol. I de la misma obra, éste también con Y. GAUDEMET, 800.

Téngase en cuenta que en el asunto GRECCO no quedó del todo claro qué tipo de falta era necesaria para que surgiera la responsabilidad de la Administración derivada de los daños policiales, pero pronto se consideró que debía ser una falta grave dada la índole del servicio causante del daño y las condiciones de su prestación, criterio perfectamente expresado en las conclusiones del Comisario RIVET en el asunto CLEF, de 13 de enero de 1925 («para desempeñar la difícil tarea de mantener el orden en la calle la policía no debe ver enervada su actuación por la amenaza permanente de complicaciones contenciosas») y al que P. DUEZ añadió también otras explicaciones justificativas (los ecos del planteamiento de E. LAFERRIERE y la tardía aceptación de la responsabilidad en este campo); vid. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, Dalloz, 1927, 31-32. Referencias a las decisiones citadas en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1990, 89 sigs. Como se precisará al

En efecto, y al margen de los casos, contados por cierto, en los que tras la promulgación de la LEF y de la LRJAE, se tuvo en cuenta la vieja y restrictiva Ley de 31 de diciembre de 1945 (4), hasta finales de la década de los setenta los repertorios jurisprudenciales ofrecen, en este punto, el genuino aspecto de un páramo. Circunstancia que contrasta notablemente con las cifras que aporta L. MARTÍN REBOLLO cuando en 1977 publica su conocida monografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia puesto que, y al margen del sesgo de las concretas soluciones, este autor contabiliza un total de 71 sentencias de lo contencioso-administrativo del TS dictadas en materia de responsabilidad entre 1972 y junio de 1975, no siendo preciso, para lo que ahora interesa destacar, descender al cómputo de las producidas con anterioridad (5). El régimen legal de la responsabilidad era, como se ve, operativo y llegaba a los estrados del TS... pero no cuando aparecía la policía de seguridad, dado que hasta 1978 sólo se encuentran tres Sentencias en las que se aplica el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños producidos por este servicio. Cita así J. L. CARRO, en un excelente y completo estudio sobre la materia, la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (Azdi. 5364) (6), pudiendo añadirse a ella las de 7 de junio de 1967 (Azdi. 3117) y de 11 de marzo de 1977 (Azdi. 1051), si bien la singular *fattispecie* de estas dos últimas impide considerarlas como representativas de la aplicación de las reglas de la LEF y de la LRJAE a un estricto supuesto de daños ocasionados por las fuerzas de seguridad en el desempeño de las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye, aunque aquellas estuvieran involucradas en la producción de la lesión (7). Hay, pues, un impor-

hilo del análisis de la responsabilidad derivada de los daños policiales en nuestro país, la exigencia de falta grave, si bien se mantiene en Francia en ciertos casos, ha desaparecido en otros muchos.

(4) Sentencias de 15 de marzo de 1963 (Azdi. 2135), 15 de octubre de 1964 (Azdi. 4909) y 22 de enero de 1970 (Azdi. 180), todas ellas de lo contencioso-administrativo. Añádase al repertorio la de la Sala de lo Social de 18 de mayo de 1951 (Azdi. 1280), que cita J. L. CARRO: «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», *RAP* 100-102, vol. II, 1983, 1189. Además de en este último trabajo, referencias a la Ley de 31 de diciembre de 1945, en la que ahora no procede entrar, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios*, cit., 182; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, 408-409. Lo que indudablemente parece claro es que, además de la mayor amplitud del régimen resarcitorio establecido en la LEF y en la LRJAE, la Ley de 1945 quedó derogada por éstas; circunstancia de la que no se percató la jurisprudencia ni parece que tampoco el legislador puesto que la modificó el 8 de junio de 1957, si bien hay que precisar que esta modificación se refería, solamente, a aspectos procedimentales.

(5) Cfr. L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1977.

(6) J.L. CARRO: *op. cit.*, 1194-1195.

(7) La Sentencia de 1967 versa sobre un inmueble ocupado ilegalmente por la Guardia

tante vacío; vacío que, como ha indicado J. L. CARRO, es un dato que está ahí para la interpretación político-sociológica de una época, pero que en este lugar no procede sino constatar (8). No nos preocupemos más por él ni le busquemos ahora explicaciones, pero una inquietante pregunta no deja de rondar por la cabeza: ¿es que durante tan significativo período de tiempo la policía de seguridad prácticamente nunca produjo daños resarcibles?

Sólo será a partir de 1978 cuando la situación vaya progresivamente normalizándose y comience a superarse la pertinaz sequía que hasta entonces venía padeciéndose en este campo. En dicho año, el TS dicta las Sentencias de 4 y 31 de octubre (Azdi. 3319 y 3989), la AN la de 12 de julio—capital en los temas de la causalidad y de la indemnización—confirmada luego por la STS de 2 de febrero de 1980 (Azdi. 743) y ambas comentadas elogiosamente por S. MUÑOZ MACHADO (9). A la incipiente cade-

Civil, mientras que la de 1977 se refiere a un accidente de circulación en el que intervino un vehículo de la Policía Armada, Sentencia ésta última que, además de resucitar el viejo problema de las jurisdicciones, ha sido justamente criticada por la doctrina a la vista de la solución que da al caso (vid. F. PANTALEÓN PRIETO: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, Tecnos, 1985, 39-41). En relación con el tema jurisdiccional, la STS de 11 de marzo de 1977 sostiene que la vía adecuada era la civil, perdiendo de vista que, como efectivamente ocurría en el caso, lo importante es que haya giro o tráfico administrativo, excluyéndose de la competencia de la jurisdicción contenciosa solamente las hipótesis en las que la Administración actúa con sometimiento al Derecho privado según disponía el art. 41 LRJAE, precepto que, como es sabido, rompió con el criterio unificador del art. 3 LJCA según destacó críticamente L. MARTÍN-RETORTILLO: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, *RAP* 42, 1963, 185 sigs. Ahora, la unidad de jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial se consagra en el art. 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con independencia, por supuesto, del Derecho aplicable al fondo del asunto.

(8) La reflexión de J.L. CARRO en 1190 de su trabajo citado. En consonancia con el páramo jurisprudencial, se aprecia también una llamativa ausencia de aportaciones doctrinales. Hasta el estudio de J.L. CARRO, que lleva fecha de 1983 aunque la Revista apareció más tarde, sólo he podido localizar la aportación de J. MORROS SARDÁ, centrada básicamente en el tema de la responsabilidad civil subsidiaria, «Un aspecto de la limitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un aspecto especial de responsabilidad patrimonial del Estado. Daños producidos por delitos cometidos por agentes del orden público en el ejercicio de sus funciones», *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1966-1973, tomo IV, 123 sigs. Aunque apareció algo después que el trabajo de J.L. CARRO, yo mismo me había aproximado sucintamente al tema en el mismo año de 1983 en «Funcionarios armados y responsabilidad patrimonial de la Administración», en el volumen colectivo dirigido por J. BERMEJO VERA: *Seminario sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1985, 108 sigs., ed. policopiada. Desde esas fechas y hasta el momento presente no me consta que se haya acometido un estudio sistemático de la cuestión, aunque algunas referencias de conjunto pueden encontrarse en la valiosa monografía de I. AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA: *La coacción administrativa directa*, Madrid, coed. Civitas-HAEE/IVAP, 1990, 417-422.

(9) S. MUÑOZ MACHADO: «La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración» y «Confirmada una nueva jurisprudencia en materia

na se enlazaron poco después las Sentencias de 18 de febrero de 1980 (Azdi. 735), la importantísima y justamente celebrada de 18 de enero de 1982 (Azdi. 346) (10), las de 30 de marzo, 16 de julio y 3 de diciembre de 1982 (Azdi. 2356, 5443 y 7735), la de 13 de julio de 1983 (Azdi. 4043) y, ya en 1984, las de 6 de marzo (Azdi. 1749), 26 de marzo (Azdi. 1754), 16 de abril (Azdi. 2571), 23 de mayo (Azdi. 4370), 13 de junio (Azdi. 4374), 11 de octubre (Azdi. 5098) y 28 de diciembre (Azdi. 428, de 1985). En bien poco tiempo, como se ve, parece que comienza a cubrirse un importante vacío; parece que se abre paso la idea de que la Administración pública también por los daños policiales puede y debe responder. Y repárese, además, en que de las resoluciones recaídas entre 1980 y 1984 solamente una, la de 16 de abril de éste último año, no declara el derecho al resarcimiento, pero no por cuestiones sustanciales, sino por el transcurso holgado del plazo de prescripción del art. 40 LRJAE.

A este repertorio de decisiones, todas ellas de lo contencioso-administrativo, hay que añadir también la Sentencia de 5 de julio de 1983 (Azdi. 4068), en la que la Sala I.^a del TS se declara competente en virtud de un criterio de elemental justicia material: evitar la prolongación del calvario procesal que venían sufriendo los recurrentes (diez años sin obtener una resolución de fondo) quienes se encontraban, por lo demás, en una situación de penuria material bastante acusada. Y aunque sea escapar por un momento de los estrictos cánones de la cronología, no quisiera pasar por alto que con posterioridad también la Sala de lo Civil del TS ha conocido de demandas de daños ocasionados por las fuerzas de seguridad. Así, por ejemplo, la Sentencia de 12 de noviembre de 1985 (Azdi. 5581) aplica el régimen de la responsabilidad establecido en la legislación administrativa a las lesiones derivadas de una conducta gravemente negligente de un miembro

de responsabilidad civil de la Administración», ambos comentarios en REDA 19 (1978) y 24 (1980), 624 sigs., 150 sigs., respectivamente.

(10) Más de diez años después de ser dictada, la STS de 18 de enero de 1982 sigue siendo un inexcusable punto de referencia no sólo en lo que concierne a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños policiales —verdaderamente claves son sus razonamientos en torno a la relación de causalidad y a la incidencia sobre la misma de la conducta de la víctima—, sino también en la precisión misma de los parámetros legales de actuación de las fuerzas de seguridad y, en especial, de los del principio de proporcionalidad. El elogioso eco que la Sentencia ha tenido entre los autores está sobradamente justificado. Vid. J.L. CARRO: *op. cit.*, 1200 sigs.; J. BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico*, cit., 305-306; «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el volumen colectivo *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, Oñati, HAEE/IVAP, 1990, 62-63. Comentarios monográficos a la STS de 18 de enero de 1982 son los rubricados por G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: la fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima», REDA 34, 1982, 490 sigs. y F. SEQUEIRA DE FUENTES: «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión del uso de las armas por los agentes públicos», RAP 99, 1982, 263 sigs.

de la Guardia Civil (11). También se ha acudido en algún caso al art. 1903.5 CC, precepto de interpretación jurisprudencial muy desafortunada y hoy ya derogado por la Ley 1/1991, de 13 de enero. Se trata, concretamente, de la Sentencia de 27 de marzo de 1992 (Azdi. 2336), en la que, no obstante, se reconoce que el art. 1903.5 «había perdido efectividad a partir de lo establecido modernamente en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas» (12).

Llegados hasta aquí, creo que puede afirmarse, sin temor a incurrir en equivocación, que es sobre la mitad de la década de los ochenta cuando se consolida la aplicación del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración al concreto campo de los daños policiales. Con los datos que suministra la jurisprudencia posterior se pueden analizar ya los términos de su concreta operatividad, puesto que desde 1985 hasta hoy las resoluciones no han dejado de producirse regularmente. Y es eso lo que en el presente trabajo se pretende acometer: un estudio de la jurisprudencia recaída, a partir de aquel año, en materia de policía de seguridad y responsabili-

(11) La STS de 12 de noviembre de 1985 estima la competencia de la jurisdicción civil, rechazada por la Audiencia Territorial, aduciendo que la demanda se dirigía solidariamente contra el funcionario causante del daño y contra el Estado, si bien la condena se impone directamente al segundo en virtud del art. 40 LRJAE. Por lo demás, esta Sentencia es considerada por A.M. LORCA NAVARRETE como la primera que reconoce la obligación del Estado de indemnizar a consecuencia de la producción de daños policiales (así, en su *Derecho procesal penal*, Madrid, Tecnos, 1988, 185-186); a la vista de las referencias aportadas más atrás se comprueba fácilmente que no es así. Más aún, cuando la Sentencia de 12 de noviembre de 1985 se dicta puede considerarse que la aplicación del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños policiales estaba ya consolidada en la vía contencioso-administrativa.

(12) Dicho sea incidentalmente, la STS de 27 de marzo de 1992 considera que la exigencia de reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción civil puede ser obviada en aras a la efectividad del derecho a la tutela judicial, calificando al requisito de puramente formalista y sin fundamentación procesal alguna sobre todo a la vista de la reforma de la LEC de 1984 en el que el acto de conciliación ha dejado de ser obligatorio en no pocos casos. Al margen de las semejanzas, que no absolutas similitudes, que pueden existir entre la reclamación administrativa previa y el acto de conciliación (vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR: «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», RAP 77, 1975, 81 sigs.), la Sentencia citada se inscribe en la línea defendida por un prestigioso sector doctrinal que, yendo más lejos de la flexibilidad con que la jurisprudencia ha tratado a este requisito, postula su supresión o, al menos, su conversión en facultativo. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 81 sigs. Téngase en cuenta, en fin, que el TC ha considerado al respecto que la exigencia de reclamación administrativa previa no contradice el derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de retrasar indudablemente el acceso a la jurisdicción (SSTC 21/1986, de 14 de febrero, DÍEZ DE VELASCO, y 60/1986, de 16 de marzo, LÓPEZ GUERRA), criterio que parece haber inspirado al legislador dado que, a despecho de las propuestas doctrinales indicadas, mantiene el requisito de la reclamación administrativa previa a salvo de que venga exceptuado en una norma con rango de Ley (arts. 120 sigs. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

dad patrimonial de las Administraciones públicas, un recorrido por sus entresijos una vez que el tema está consolidado y se cuenta con datos suficientes para conocer su dinámica cotidiana. El período de tiempo seleccionado es algo más amplio cuando se trata de sentencias penales, que inexcusablemente habrá que tener en cuenta, y todas las referencias se toman del repertorio Aranzadi, cerrándose la búsqueda en octubre de 1992.

Por último, procede solamente indicar que este es un estudio de responsabilidad patrimonial, por lo que quedan fuera de su órbita regímenes indemnizatorios que nada tienen que ver con aquélla porque responden a criterios diferentes aun cuando conexiones guarden con la seguridad pública. Tal es el caso, concretamente, de las indemnizaciones derivadas de los hechos terroristas cuyos daños no son, en principio, imputables al Estado aun cuando éste asuma el resarcimiento en virtud de otros criterios (13).

(13) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO: «De la eficacia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *RVAP* 19, 1987, 120 sigs., especialmente; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 410. En la actualidad, el régimen de las indemnizaciones por daños ocasionados por hechos terroristas se encuentra regulado en el RD 637/1992, de 19 de junio (BOE del día 30), que incluye ya a los daños materiales entre los susceptibles de ser indemnizados.

En Francia, los daños terroristas han dado lugar a una interesante jurisprudencia en la que la responsabilidad del Estado se ha admitido en virtud de las circunstancias concretas del caso. Así, una respuesta afirmativa se ha dado en el asunto *MINISTRE DE L'INTERIEUR c. COMPAGNIE AIR-INTER ET SOCIETE D'ASSURANCES ET DE REASSURANCES «LA REUNION FRANÇAISE»*, del Consejo de Estado, de 14 de marzo de 1979, sobre la destrucción de un avión mediante atentado con explosivos en el aeródromo bretón de Quimper-Plugan. En cambio, y en un supuesto del todo similar, localizado en el aeropuerto corso de Bastia-Poretta, el Consejo de Estado desestimó la pretensión indemnizatoria (*SOCIETE ANONYME COMPAGNIE AIR-INTER*, de 10 de febrero de 1982). El motivo es que en el primer caso, cuyos hechos aecieron después de los que dieron lugar al segundo aunque la sentencia sea anterior, existían motivos fundados para prever el atentado y las autoridades de policía no habían adoptado las medidas de protección pertinentes, motivos que no concurrían en el asunto del atentado en Córcega. Vid. ampliamente sobre el particular, T. RENOUX: *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, con amplia glosa del régimen legislativo especial instaurado por la Ley de 9 de septiembre de 1986 que reconoce el resarcimiento de los daños corporales mediante un fondo de garantía y por lo que hace a los daños materiales obliga a que los contratos de seguro contengan una cláusula sobre indemnización en caso de daños derivados de hechos terroristas, reputándose como no puesta toda estipulación en contrario. En las págs. 200 sigs. de la monografía de RENOUX se incluyen los *arrêts* que se acaban de citar, incorporando las conclusiones de los Comisarios del Gobierno FRANC y STIRN, así como el caso *CONSORTS YENER ET ERETZ*, de 29 de abril de 1987, sobre el atentado contra el embajador de Turquía en Francia; esta última decisión puede verse también en *AJDA* 1987-8, 487.

II. LA COMPLEJIDAD DEL MODELO POLICIAL ESPAÑOL Y LA UNIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: PLANTEAMIENTO GENERAL Y ALGUNOS SUPUESTOS SINGULARES. EN CONCRETO, LAS UNIDADES DEL CUERPO NACIONAL DE POLICIA ADSCRITAS A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LA GUARDIA CIVIL EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE NATURALEZA MILITAR

Si algo caracteriza al modelo policial español es su complejidad (14). En él coexisten cuerpos nacionales (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), autonómicos (de momento, Ertzaintza, Policía Foral de Navarra y Mossos d'Esquadra) y locales (como regla, en los municipios de más de 5.000 habitantes). Incluso puede hablarse de la pervivencia, aunque muy mitigada, de cuerpos provinciales en los Territorios Históricos vascos que, desde la Ley vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, subsisten como servicios de la Ertzaintza y con dependencia funcional de las respectivas Diputaciones forales. Ahora bien, tal disparidad de cuerpos de policía en absoluto empuja a la existencia de un régimen jurídico unitario en lo concerniente al sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de las que pueden depender fuerzas y cuerpos de seguridad. Constitucionalmente hablando, dicho sistema es unitario; no hay fisuras. Claramente se desprende así del art. 149.1.18 CE, y así lo ha puesto de relieve la doctrina (15). Es más, por si alguna duda hubiera, el legislador se ha preocupado por disiparla. Así se hace en los arts. 12.2 de la Ley del Proceso Autonómico y 54 de la Reguladora de las Bases del Régimen Local; y más específicamente, por directamente referido a nuestro tema, en el art. 5.6 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), precepto que consigna, entre el conjunto de los principios básicos de actuación de todas las fuerzas de policía que operan en el país, el de responsabilidad. Responsabilidad no sólo personal (penal y disciplinaria), sino también, dice el artículo, patrimonial de las Administraciones Públicas. Hay, pues, una remisión a un sistema común cuyas bases dogmáticas y aplicativas no sufren a consecuencia de la descentralización del mantenimiento de la seguridad pública y de la dispar dependencia orgánica y funcional de los cuerpos de policía.

(14) Sobre el particular he insistido en otras ocasiones; vid. *Régimen jurídico*, cit., 176 sigs.; «Sobre las funciones y organización de las fuerzas y cuerpos de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas», *RVAP* 29, 1991, 39 sigs., especialmente.

(15) Sobre la unidad del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas insisten E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 364; L. MARTÍN-RETORTILLO: *De la eficiencia y economía*, cit., 99; L. MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad de las Administraciones públicas», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, IEF, 1988, vol. I, 60.

Ahora bien, existen algunos supuestos respecto de los que, sin mengua de la conclusión avanzada, alguna precisión no resulta inconveniente. El primero es el de las Unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a las Comunidades Autónomas con competencia para la creación de fuerzas policiales propias (arts. 37.2 y 47 LOFCS y RD 221/1991, de 22 de febrero). Esto es, las Comunidades de Galicia, Andalucía, Valencia y Canarias, supuesto que las del País Vasco, Cataluña y Navarra siguen un régimen especial en virtud de las Disposiciones finales de la LOFCS. La posibilidad antedicha, plasmada ya en la adscripción de unidades estatales a las Comunidades gallega (Orden de 19 de junio de 1991) y valenciana (Orden de 16 de septiembre de 1992), se articula a través de acuerdos de colaboración entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma y sin que los funcionarios adscritos, que no lo son individualmente sino en cuanto integrantes de la unidad operativa que se adscribe, dejen de depender orgánicamente del Ministerio del Interior aunque funcionalmente pasen a hacerlo de la Comunidad Autónoma respectiva (16). Es más, el Estado sigue ostentando la potestad disciplinaria (17) y los miembros de las unidades adscritas siguen sujetos al régimen estatutario de los del Cuerpo Nacional de Policía, a excepción de las peculiaridades contenidas en el RD 221/1991.

Pues bien, en la identificación del patrimonio que debe responder en caso de daños ocasionados por las unidades adscritas, lo importante es el dato de la dependencia funcional. Quizá pueden plantearse dificultades si la Comunidad Autónoma pretende hacer uso de la acción de regreso, pero una respuesta distinta a la apuntada haría recaer sobre la Administración del Estado las consecuencias patrimoniales del funcionamiento de un servicio que actúa bajo la dependencia funcional de la Comunidad Autónoma que es, además, la que se beneficia institucionalmente del mecanismo de la adscripción porque a través de él puede ejercer sus competencias en materia de seguridad pública sin afrontar el coste, y no pienso sólo en el económico, de la creación de un cuerpo de policía propio. Aunque orgánicamente la dependencia sea del Estado, la titularidad de la competencia es autonó-

(16) En consecuencia, no estamos ante un supuesto de transferencia de funcionarios del Estado a las Comunidades Autónomas, transferencia hoy resuelta mediante la plena integración del funcionario en la organización de la función pública autonómica de que se trate.

(17) Circunstancia ésta que es por sí misma suficiente para considerar que tampoco se trata de una aplicación de lo previsto en el art. 13 del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, supletoriamente aplicable a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. En efecto, por si alguna duda hubiera, el citado precepto establece que la potestad disciplinaria corresponderá, a salvo de la sanción de separación del servicio, a la Comunidad Autónoma; en cambio, cuando de los funcionarios de policía adscritos se trata, las autoridades autonómicas sólo pueden instar el ejercicio de la potestad disciplinaria por el Estado si fundadamente entienden que la conducta de alguno de los miembros de la unidad adscrita debe ser objeto de sanción disciplinaria.

mica y, por consiguiente, es la Comunidad Autónoma la que debe de responder, llegado el caso, ante las víctimas.

El segundo supuesto al que me interesaba aludir es al de la Guardia Civil en el desempeño de funciones de naturaleza militar. Ya en otras ocasiones me he pronunciado en contra del acusadísimo proceso de militarización que el Cuerpo conoce en la actualidad y no voy a insistir ahora en ello de nuevo (18). Tan sólo procede señalar en este momento que el legislador posconstitucional ha tenido oportunidad de romper con el criterio tradicional y desmilitarizar a la Guardia Civil, como corresponde hacer con todo cuerpo de policía bajo la vigencia de una Constitución que se preocupa por disociar claramente entre fuerzas armadas y fuerzas de seguridad. No se ha hecho así, lamentablemente. Y todavía más: el propio TC ha avalado el proceso en su Sentencia 149/1989, de 16 de noviembre (TOMÁS Y VALIENTE), aunque un magnífico voto particular rubricado por los Magistrados DÍAZ EIMIL y DE LA VEGA BENAYAS disiente de la decisión de la mayoría (19).

Estamos, así, ante un cuerpo de policía sujeto a disciplina militar y que depende del Ministerio de Defensa cuando desempeña funciones de naturaleza militar en tiempo de paz; pero que, y al margen de otras paradojas que de su régimen jurídico se desprenden, no encuentra tan apenas previsiones normativas expresas que determinen cuándo, en tiempo de paz, actúa funciones de naturaleza militar (20). La sorpresa asalta aquí al analista: na-

(18) J. BARCELONA LLOP: *Sobre las funciones y organización*, cit., 10 sigs.

(19) Referencias en J. BARCELONA LLOP: *op. ult. cit.*, 22-25; más extensamente, M. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y M. FERNANDO PABLO: «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», *RAP* 123, 1990, 261 sigs. Quizá no esté de más tener presente, aunque nada de ello empece al juicio crítico que al autor de estas líneas merece la existencia de un cuerpo de policía de naturaleza militar, que el fenómeno se da también en otros países. Piénsese en el ejemplo cercano de la Gendarmería en Francia, sobre cuya significación institucional es recomendable el discurso de M. LONG: «La Gendarmerie et l'Etat de Droit», publicado en *RFDA* 1991-7, 881 sigs., insistiendo en el profundo sentido revolucionario del Cuerpo, que sustituyó a la *Marechaussée* del Antiguo Régimen tras la Revolución (Leyes de 16 de febrero de 1791 y de 28 germinal del año VI). En nuestro país, como es conocido y aun cuando el dato no deba tomarse hoy en un sentido distinto al del reconocimiento de un hecho histórico, el nacimiento de la Guardia Civil, al que no fue ajeno el modelo francés, se debió a motivos distintos; vid. sobre este particular, D. LÓPEZ GARRIDO: *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Barcelona, Grijalbo, 1982; M. BALLBE MALLOL: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, 141 sigs.

(20) De incógnita no precisada habla F. LÓPEZ RAMÓN al referirse a las hipotéticas misiones militares de la Guardia Civil; F. LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, CEC, 1987, 315-316. Por su parte, considera A. MORALES VILLANUEVA que una de las misiones militares de la Guardia Civil es la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros que por su interés lo requieran (art. 12.1.B, d, LOFCS). Al

turalidad militar, sí, pero contadísimas misiones militares asignadas, en tiempo de paz, al Cuerpo de la Guardia Civil por el ordenamiento; únicamente, me parece, la de vigilancia de edificios e instalaciones de las fuerzas armadas y la de conducción de presos militares. Sólo en estos casos la dependencia lo será del Ministerio de Defensa. Y sólo en estos casos la responsabilidad patrimonial lo será de la Administración militar. Pero cuidado, también en tales hipótesis la unidad del sistema es inquebrantable (21); la única particularidad será que la reclamación por daños habrá que dirigirla al Ministerio de Defensa. Nada más.

III. CONTINUACIÓN: EL CASO DE LAS UNIDADES ORGÁNICAS DE POLICÍA JUDICIAL. UNA RESPUESTA DIFERENTE

1) Planteamiento

Capítulo aparte merece el tema de la policía judicial en sentido orgánico; esto es, las Unidades de Policía Judicial a las que se encomienda exclusiva o mayoritariamente el desempeño de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE). Porque sí, según se desprende del art. 443 LOPJ, todos los miembros de las

margen de que, en no pocos casos, ello conecte con el resguardo fiscal del Estado y con la prevención del contrabando por lo que, como el propio MORALES entiende, ya no estaríamos ante misiones militares, no alcanzo a comprender muy bien cómo, en tiempo de paz, tales misiones pueden calificarse de militares si no son más que una concreción de la genérica función policial, indicada en el artículo 11.1, c) LOFCS, consistente en «vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicas que lo requieran». Como bien se comprende, difícilmente el desempeño de tal función de vigilancia y protección puede, en tiempo de paz, consistir en una misión de carácter militar; además, que sea la Guardia Civil y no el Cuerpo Nacional de Policía quien custodia las costas, fronteras, etc., no es sino consecuencia de la división competencial que entre uno y otro Cuerpo establece la LOFCS. Distinta es la vigilancia de edificios e instalaciones de las FAS cuando corre a cargo de la Guardia Civil. En este caso, se puede estar de acuerdo con MORALES VILLANUEVA y considerar que se trata de misiones militares. Lo mismo puede decirse respecto de la conducción de presos militares. Cfr. A. MORALES VILLANUEVA: «Definición de fuerza armada y centinela», en R. BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ VILLASANTE (coords.): *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, 265-267. En mi opinión, como seguidamente se indica en el texto, sólo en los dos últimos casos puede hablarse de previsiones normativas expresas de misiones militares de la Guardia Civil. Pero, ¿qué sentido tiene asignarlas a un Cuerpo policial en lugar de mantenerlas en el ámbito competencial castrense?, ¿no hay una policía militar tan militar como cualquier otra unidad integrada en uno de los tres ejércitos?

(21) Baste en este lugar con la remisión al completo estudio de J.M. QUIROGA DE ABARCA: *La Administración militar y su responsabilidad patrimonial*, Madrid, Montecorvo, 1988. Más sucintamente, J. BARCELONA LLOP: *Funcionarios armados y responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., 115 sigs.

fuerzas de seguridad pueden auxiliar a los órganos del Poder Judicial y al Ministerio Fiscal, en caso de ser requeridos para ello, en las tareas enumeradas en el citado precepto constitucional —y no solamente ellos si entendemos que el art. 283 LECri. permanece vigente (22)— la Policía Judicial en sentido estricto existe sólo cuando se crean unidades orgánicas cuyos cometidos son, precisamente, los de policía judicial en términos funcionales y que les vienen atribuidos de forma exclusiva o mayoritaria (23).

No es éste el momento de precisar nada acerca de la vigente configuración de la Policía Judicial específica; numerosas son las aproximaciones doctrinales que ponen de relieve bien las carencias del sistema, bien sus bondades (24). Pero sí que es momento de tener en cuenta que, entre las posibles soluciones al problema de la dependencia de la Policía Judicial, sea de las Unidades Orgánicas provinciales, sea de las Unidades adscritas permanentemente a determinados Juzgados, Tribunales o Fiscalías y que se integran en aquellas, nuestro ordenamiento ha optado por mantener su dependencia orgánica del Ministerio del Interior y la funcional de los Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal (25). Insisto en que no interesa ahora en-

(22) El art. 1 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, da por supuesta la vigencia del art. 283 LECri., pero no falta quien entienda que ha sido derogado por la LOPJ; así, J. FRANCO ARIAS: «Policía Judicial», *NEJ*, Barcelona, Fco. Seix Editor, tomo XIX, 1989, 980 y nota 2, con cita en el mismo sentido de L. PRIETO-CASTRO, A.M. LORCA NAVARRETE y J. J. QUERALT JIMÉNEZ.

(23) Entiendo que en este punto la LOFCS ha modificado lo dispuesto en el art. 445.2 LOPJ en el que se dispone que en ningún caso podrán encomendarse a los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial la práctica de actuaciones que no sean de policía judicial o las derivadas de las mismas. El art. 33 LOFCS introduce un «sin perjuicio» referido a «las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

(24) La literatura sobre la Policía Judicial es irregular en sus contenidos pero, cuando menos, algo abundante. Vid., entre otros, P. ANDRÉS IBÁÑEZ-C. MOVILLA ALVAREZ: *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, 401 sigs.; J.J. QUERALT JIMÉNEZ: *El policía y la ley*, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, 51 sigs.; A. M. LORCA NAVARRETE: *Derecho procesal penal*, cit., 166 sigs.; J. JIMÉNEZ VILLAREJO: «La policía judicial; una necesidad, no un problema», *PJ* número especial II, monográfico sobre justicia penal, 1988, 175 sigs.; V. MORENO CATENA: *Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial*, *PJ* número especial VIII, monográfico sobre seguridad ciudadana, 1989, 139 sigs.; J.J. QUERALT-E. JIMÉNEZ QUINTANA: *Manual de Policía Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, con referencias conceptuales y organizativas en capítulos I y II; J. FRANCO ARIAS: *op. cit.*; F. ZUBIRI DE SALINAS: «La policía judicial», *PJ* 19, 1990, 69 sigs.; L.M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, 165 sigs.; así como los trabajos de E. PEDRAZ PENALVA, E. LLERA SUÁREZ-BARCENA, F.J. BOIX REIG, J.M. PAZ RUBIO y J.A. BELLOCH JULVE que se incluyen en el volumen colectivo *Policía y sociedad*, Madrid, Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía, 1990.

(25) No deja de sorprender la pretensión del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales impugnando el Decreto regulador de la Policía Judicial y pidiendo la anulación de sus artícu-

juiciar si la opción es o no la más adecuada; variadas son las posturas que pueden adoptarse al respecto. Pero desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial la indicada dualidad de dependencias permite cuestionar si a los daños ocasionados por la Policía Judicial específica actuando bajo la dirección funcional de los órganos titulares de la función jurisdiccional o del Ministerio Fiscal conviene la aplicación del sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración o, por el contrario, el previsto especialmente para el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 121 CE y 292 LOPJ). La cuestión es importante porque una eventual respuesta afirmativa no tiene sólo consecuencias procedimentales, y su resolución pasa por determinar cual es el alcance subjetivo de aquellos preceptos supuesto que, objetivamente, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no queda reducido a los casos de demora o tardanza, aunque éstos sean los más frecuentes o, por lo menos, los que han recibido mayor tratamiento doctrinal (26).

2) *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos de la Policía Judicial en Francia: la aplicación común de los principios del Derecho público*

Interesa, antes de resolver el problema planteado, considerar cómo se ha resuelto el asunto de la responsabilidad derivada de actuaciones de la policía judicial en Francia; vamos a ver enseguida cómo en este país el hecho de la intervención de la policía judicial va a comportar llamativas consecuencias en el plano de la responsabilidad, sobre todo en el orden de la jurisdicción competente. Lo que quiere decir que cuando este tipo de policía actúa algunas singularidades de relieve aparecen.

Estando en Francia el concepto de policía muy vinculado a la noción de orden público, noción ésta que remite a una idea de orden material, ex-

los 2 y 10 a efectos de su posterior reforma para que expresen la relación entre el Secretario Judicial y la Policía Judicial a efectos del auxilio y cooperación de ésta en las funciones propias de aquel. La pretensión fue desestimada por la STS de 8 de abril de 1989 (Azdi. 2827) con base en un argumento muy sencillo: ni de la LOPJ ni de la LOFCS puede deducirse nada en favor de la tesis del Colegio demandante, por lo que nada puede incluirse en la norma reglamentaria de desarrollo de aquéllas. Y es que por muy importante que sea la figura del Secretario Judicial, que indudablemente lo es aunque algunos medios de comunicación la confundan con un secretario personal del Juez, no parece en absoluto necesario extender a ella la dependencia funcional de la Policía Judicial.

(26) Vid., como muestra, antes de la LOPJ, L. MARTÍN REBOLLO: *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, CEC, 1984, 158 sigs.; después de la LOPJ, I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ: *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990, en toda su segunda parte.

terior, a un estado de paz opuesto a la perturbación (27) —si bien se le ha adherido un cierto componente de moralidad que se suma a la trilogía tradicional que integra aquélla (28)— la policía de seguridad está comprendida en la llamada policía administrativa aun cuando tenga sustantividad propia tanto desde el punto de vista orgánico como desde el funcional, sin perjuicio de la existencia de ciertos principios básicos que son comunes a toda actuación de policía, sea o no de seguridad en sentido propio (29).

Basculando orgánicamente la policía de seguridad de forma prioritaria sobre los cuerpos estatales (Policía Nacional, Compañías Republicanas de Seguridad y Gendarmería), aun cuando fuerzas municipales de policía subsistan en algunos municipios (30), se ha planteado siempre el problema de la distinción entre policía (de seguridad) administrativa y policía (de seguridad) judicial (31), cuestión de capital importancia desde el punto de vista

(27) Forzosa es en este punto la remisión a M. HAURIUO: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Sirey, 1919, 562-563. La idea del orden público en sentido material estaba ya presente en BONNIN: *Compendio de los principios de Administración*, Madrid, Imprenta de D. José Palacios, 1834, 291 sigs., publicado en Francia en 1808.

(28) Esto es, a la tranquilidad, seguridad y salubridad. A pesar de los rechazos doctrinales (vid. J. MOREAU: *L'object et les finalités de la police municipale*, en F.P. BENOIT: *Collectivités Locales*, Paris, Dalloz, 1970, tomo II, vol. 2, 2215 sigs.), la moralidad parece haberse erigido en componente del orden público de la policía administrativa en virtud de la extensión jurisprudencial del concepto. Al respecto, y aunque hay algún precedente (referencias en G. VEDEL: *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, 663), la decisión clave en la materia sigue siendo el *arrêt* SOCIETE «LES FILMS LUTETIA» ET SYNDICAT FRANÇAIS DES PRODUCTEURS ET EXPORTATEURS DE FILMS, del Consejo de Estado, de 18 de diciembre de 1959 (vid. M. LONG et. al.: *op. cit.*, 577 sigs.). Más recientemente, pueden verse, por ejemplo, las decisiones MINISTRE DE L'INTERIEUR c/. BEGUEY, de 21 de mayo de 1982, o VILLE D'AIX EN PROVENCE, de 26 de julio de 1985. Entre la doctrina, se ocupa específicamente de la cuestión P. BERNARD: *La notion d'ordre public en Droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, 31 sigs.

(29) Así, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad son básicos en cualquier caso, lo mismo que lo es el viejo criterio de que en materia de policía la libertad es lo común y la restricción lo excepcional; vid. G. VEDEL: *op. cit.*, 671 sigs.; R. CHAPUS: *op. cit.*, 529 sigs.; para el concreto aspecto que estudia, J.P. COSTA: «Le principe de proporcionalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat», *AJDA* 1988, 7-8, 434-435.

(30) Sobre la organización policial francesa vid. A. DE LAUBADERE-J.C. VENEZIA: *Traité*, vol. III, cit., 183 sigs.; J. ROACH: «The French Police», en J. ROACH-J. THOMANECK (eds.): *Police and public order in Europe*, Londres, Croom-Helm, 1985, 107 sigs.; referencias también en J.J. GLEIZAL: «La problemática policial en Francia», en el vol. col., ya citado, *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, 133 sigs.

(31) Ya en el Código de los Delitos y de las Penas de 3 brumario del año IV aparecen recogidas ambas policías en el seno de una institución policial unitaria: «la policía se instituye para mantener el orden público, la libertad, la propiedad, la seguridad individual (...) Se divide en policía administrativa y en policía judicial. La policía administrativa tiene por objeto el mantenimiento habitual del orden público en cada lugar y en cada parte de la Administración general; se ocupa principalmente de prevenir los delitos. La policía judicial investiga los deli-

del régimen jurídico de la medida que se adopte y de la jurisdicción competente para conocer de su legalidad (32). Y sin que ahora hagan falta mayores precisiones, puede indicarse que, desde los *arrêts* BAUD, del Consejo de Estado, de 11 de mayo de 1951, y DAME NOUALEK, de 7 de junio del mismo año, del Tribunal de Conflictos, la distinción, supuesta la frecuente coincidencia orgánica entre autoridades y agentes de policía administrativa y de policía judicial, bascula en torno a un criterio finalista (33). Esto es, la operación es de policía judicial desde el momento en que puede dar lugar a persecuciones correccionales o criminales o cuando tiene por objeto la investigación de una infracción penal determinada; contrariamente, será de policía administrativa cuando el agente realice una misión de control o vigilancia general y su investigación o actuación no esté orientada hacia una infracción correccional o criminal determinada. Es verdad, y así lo ha destacado la doctrina, que con ese criterio finalista no se resuelven

tos cuya comisión no ha podido evitar la policía administrativa, recoge las pruebas y pone a sus autores a disposición de los tribunales encargados por la ley de castigarlos». *Apud.* E. PICARD: *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, vol. I, 136.

(32) Son básicos a este respecto los *arrêts* SOCIETE FRAMPAR ET SOCIETE FRANCE EDITIONS ET PUBLICATIONS y S.A.R.L. LE MONDE, ambos del Consejo de Estado y de fecha de 24 de junio de 1960. En los dos se atacaban sendas decisiones administrativas, adoptadas durante la guerra de Argelia por el prefecto de Argel, por las que se ordenaba el secuestro de varios números de *France-Soir*, *Le Monde* y *France-Presse*, aduciendo lo dispuesto en el entonces vigente art. 10 del Código de Instrucción Criminal: «los prefectos de los departamentos y el prefecto de policía de Paris podrán, en caso de urgencia, realizar personalmente o requerir a los oficiales de policía judicial que realicen todos los actos necesarios al efecto de constatar los crímenes y delictos contra la seguridad del Estado y de poner a sus autores a disposición de los tribunales encargados de castigarlos». Según indican M. LONG et al. (*op. cit.*, 587), si las medidas atacadas lo fueran de policía judicial, la competencia correspondería a la *jurisdiction judiciaire*, con importantes dificultades para obtener una reparación dada la extendida creencia de ser ello imposible (no obstante, ya se había dictado por aquellas fechas la decisión GIRY, a la que luego aludiré). Si, por el contrario, los actos eran de policía administrativa, su legalidad requería una doble condición: que estuvieran fundados en una amenaza suficientemente grave para el orden público y que, tratándose de una ejecución de oficio, estuviera justificada por la urgencia. Aplicando el criterio distintivo entre policía judicial y policía administrativa aducido por el Comisario del Gobierno HEUMANN (asunto FRAMPAR) y basado en que la primera mira a la represión de las infracciones mientras que la segunda se dirige a prevenir las amenazas para el orden público, el Consejo de Estado no dudó en calificar a los actos impugnados como de policía administrativa, reconoció su competencia y procedió a su anulación. Como indica E. PICARD (*op. cit.*, 151) HEUMANN sostuvo la verdad material frente a la apariencia formal de las medidas impugnadas, *recalificando* el Consejo de Estado una medida adoptada por la autoridad administrativa sobre la base formal de sus poderes de policía judicial pero dirigida, en realidad, a proteger el orden público.

(33) Vid. E. PICARD: *op. cit.*, 135 sigs., con abundantes referencias jurisprudenciales; también, R. CHAPUS: *op. cit.*, 537 sigs.; J.M. AUBY-R. DRAGO: *Traité de contentieux administratif*, tomo I, Paris, LGDJ, 1984, 610-612. No obstante, parece que el criterio finalista no se descubre *ex novo* en 1951. Ya existían antiguas manifestaciones jurisprudenciales del mismo como lo demuestra el asunto ALLEAUME, del Tribunal de Conflictos, de 15 de diciembre de 1883, que recoge E. LAFERRIERE en su *op. cit.*, vol. I, 440, por nota.

todos los problemas imaginables (34) y que en ocasiones las particularidades del caso han conducido a que la jurisdicción administrativa se considere competente para enjuiciar la legalidad de una acción que teleológicamente era de policía judicial (35); pero también parece asentado el argumento básico: con independencia de consideraciones formales u orgánicas, lo importante es la finalidad de la actuación policial: si ésta se encuentra ligada a una infracción penal, la acción es de policía judicial y la competencia para su enjuiciamiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria (36) aunque, en virtud de criterios de simplificación tendentes a evitar sutilezas excesivas, en relación con ciertas actuaciones se afirme la existencia de un bloque de competencia de la jurisdicción administrativa (37).

Así determinada la identidad de las actuaciones de policía judicial, ¿qué régimen sigue la responsabilidad patrimonial?, ¿el mismo que cuando se trata de daños ocasionados en el curso de actuaciones de policía gubernativa? Marginando el tema de la responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de la función jurisdiccional, actualmente disciplinado en la Ley de 5 de julio de 1972, que reforma el Código de Procedimiento Civil e introduce en esta materia un régimen inspirado en los principios del Derecho administrativo (38), el hito clave en la materia que nos ocupa es la decisión

(34) Vid. E. PICARD: *op. cit.*, 162 sigs.

(35) Asunto EPOUX MARCHON, del Consejo de Estado, de 28 de noviembre de 1963, en *AJDA* 1964, 27, crónica de FOURRÉ y PUYBASSET.

(36) Por lo demás, no es preciso que la infracción penal sea real o cierta; el agente de policía puede tener la creencia subjetiva de que el sujeto pasivo de su intervención es sospechoso de haber cometido o estar cometiendo un delito, bastando con ello para que la actuación se considere de policía judicial. Así, *arrêt* TAYEB, del Tribunal de Conflictos, de 15 de enero de 1968, que cita E. PICARD en su *op. cit.*, 149-150.

(37) Tal es el caso, por ejemplo, de los controles policiales de carreteras que en ocasiones pueden deberse a la búsqueda de un delincuente o a simples operaciones rutinarias de control del tráfico rodado. La competencia de la jurisdicción administrativa también se afirma en caso de actuaciones que pueden disociarse de las operaciones de policía judicial porque se revelan inútiles para su ejecución y se explican en otros fines; y, también, en el caso de los colaboradores ocasionales lesionados en el curso de una actuación de policía judicial, supuesto éste en el que han primado razones de equidad y que ha perdido cierto peso tras la jurisprudencia GIRY a la que seguidamente se alude en el texto. Vid. E. PICARD: *op. cit.*, 157 sigs.

(38) La ley de 1972 abroga el régimen de la *prise à partie*, hasta entonces contemplado en el art. 505 del Código de Procedimiento Civil, por el que se podía obtener la responsabilidad personal del juez, magistrado u oficial de la policía judicial en caso de dolo, concusión, falta grave profesional o denegación de justicia, siendo entonces el Estado garante frente a la víctima de la condena pecuniaria impuesta al funcionario. Y parece ser que el procedimiento de la *prise à partie* sólo tuvo éxito en dos ocasiones (G. VEDEL: *op. cit.*, 351). En los demás casos, regía en este punto la irresponsabilidad del Estado a excepción de las hipótesis legalmente previstas (revisión de fallos condenatorios que han adquirido fuerza de cosa juzgada). Desde 1972, la acción de responsabilidad puede dirigirse directamente contra el Estado sin perjuicio de que éste pueda luego dirigirse contra el juez, y sin necesidad de acudir a la *prise*

TRESOR PUBLIC c/. GIRY, de 23 de noviembre de 1956, de la Corte de Casación, en la que la jurisdicción civil se declara competente para conocer de la demanda de indemnización presentada por el Sr. Giry, herido a consecuencia de una explosión producida en el inmueble donde, a requerimiento de la policía judicial, se encontraba realizando un informe sobre las causas de la muerte por asfixia de dos personas.

Téngase en cuenta que cuando se dicta la sentencia GIRY estaba vigente el procedimiento de *prise à partie*, que también había que seguir contra los oficiales de la policía judicial, procedimiento que presuponía la comisión de una falta grave profesional o un dolo, siendo entonces responsable civilmente el Estado frente a la víctima en caso de condena personal al oficial de policía judicial encausado. En caso de que no fuera un oficial de policía judicial sino un simple agente (lo que dependía de lo dispuesto en la normativa aplicable), la responsabilidad lo era personal de aquel y a través de los cauces del Código Civil. Como acertadamente ha denunciado VEDEL, éste régimen de responsabilidad en materia de policía judicial era totalmente absurdo. Primero, porque si el causante del daño tenía la condición de oficial de policía judicial la *prise à partie* sólo podía triunfar en caso de dolo o falta grave; si se trataba de una simple torpeza, el procedimiento había de fracasar y la reparación no podía obtenerse ni del funcionario ni del Estado. Y si el funcionario era un simple agente de la policía judicial, se le podía demandar personalmente debiendo probar su falta simple, pero entonces el actor se arriesgaba a tropezar con la insolvencia del demandado y sin que pudiera involucrarse la responsabilidad del Estado por falta de texto (39).

Es esta anómala situación la que viene a corregir el asunto GIRY. El

à partie, aunque la nueva regulación requiere que se haya cometido falta grave o denegación de justicia, lo que, a la vista de la jurisprudencia GIRY, como vamos a ver ahora mismo, suscita un importante problema: el del retroceso que frente a ésta decisión puede suponer la nueva disciplina normativa si se entiende que la misma es también aplicable a los daños ocasionados por la policía judicial.

(39) G. VEDEL: *op. cit.*, 353-354. En caso de acción personal de indemnización contra el agente, la vía utilizada es la del art. 1382 del Código Civil (responsabilidad por hecho propio), pero no faltan opiniones que estiman que perfectamente podían los particulares acudir al art. 1384 del mismo cuerpo legal (responsabilidad por hecho de tercero) para solicitar la responsabilidad civil del Estado por los daños ocasionados por sus empleados. Así, DELVOLLE y RIVERO, cit. por HEUMANN en sus conclusiones al asunto MASSETTI, del Consejo de Estado, de 8 de abril de 1963, en *RDPS* 1963, 293. No obstante, dice HEUMANN, las víctimas no han utilizado esta última vía sin duda por continuar bajo la influencia del viejo dogma de la irresponsabilidad civil del Estado por el funcionamiento de los servicios judiciales. Absteniéndose los interesados de intentar la acción del art. 1384, sigue HEUMANN, no han ofrecido al juez ocasión alguna de ejercer un poder que, en el plano de los principios, no podía haberle sido negado.

Tribunal de Casación resolvió el caso del modo siguiente (40). Los hechos generaron la responsabilidad del Estado a consecuencia del funcionamiento del servicio público de la justicia, debiendo los tribunales judiciales apoyarse en las reglas del derecho público y considerar que, tratándose de colaboradores ocasionales, sean benévolos, sean requeridos, la responsabilidad no requiere falta en caso de daños sufridos por aquellos. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales judiciales, tratándose de una misión de policía judicial la Administración no actúa como un particular sino como poder público, estando en consecuencia sometida a las reglas de la responsabilidad administrativa, consagrándose así la unidad fundamental de los principios rectores en la materia. Y es que, como indican muy autorizados comentaristas, «sería anormal y contrario a la lógica y al buen sentido que la policía administrativa y la policía judicial, que a menudo son ejercidas por las mismas personas y que implican el empleo de los mismos medios materiales, vengan sujetas a regímenes de responsabilidad diferentes por el sólo hecho de ser juzgadas por jurisdicciones diferentes» (41). Como es obvio, de ahí se desprende también que ya no tiene sentido diferenciar, como en el procedimiento de la *prise à partie*, entre agente y oficial de la policía judicial. Bastará con que haya actuación de la policía judicial.

Con posterioridad, el criterio de la jurisprudencia GIRY ha sido aplicado a numerosos supuestos en los que interviene la policía judicial, partiendo siempre de la base de la competencia del juez ordinario para conocer de las demandas de responsabilidad, lo que ha dado lugar a que la jurisdicción administrativa se haya declarado incompetente en algún caso (42). Pero lo importante es destacar que, al margen del aspecto jurisdiccional, los criterios que aplican los jueces judiciales son los mismos que rigen en el campo de la responsabilidad administrativa de derecho público en el que, como se precisará en su momento, la exigencia de falta grave que se dedujo inicialmente de los *arrêts* GRECCO y CLEF ha dado paso en muchos casos a la suficiencia de la falta simple o, incluso, a la teoría del riesgo y a la de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. De ahí que todas las reglas de derecho público decantadas en las diversas hipótesis de daños derivados de actuaciones de policía de seguridad administrativa sean aplicables, en virtud de la unidad sustancial de principios proclamada en GIRY, a las actuaciones de policía judicial.

Ahora bien, y paradójicamente, dicho panorama ha sido ensombrecido por la Ley ya citada de 5 de julio de 1972 que declara al Estado responsable de los daños ocasionados por el defectuoso funcionamiento del servicio

(40) Sigo la exposición de M. LONG et. al: *op. cit.*, 554 sigs.

(41) *Op. ult. cit.*, 559.

(42) Así, en el ya citado *arrêt* MASSETTI, de 8 de abril de 1963.

de la justicia, responsabilidad que solo tendrá lugar cuando se produzca una falta grave o una denegación de justicia. Y si se considera que esta ley es aplicable a la policía judicial, la conquista jurisprudencial del caso GIRY está, como bien pronto se percató VEDEL, amenazada (43). Sin embargo, este peligro parece haber sido conjurado por la jurisprudencia y la Corte de Casación, en el asunto CONSORTS POURCEL, de 10 de junio de 1986, ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños producidos con ocasión de una actividad de policía judicial en virtud de la aplicación de los principios del derecho público y excluyéndose en el caso la exigencia de falta grave (44). La unidad principal auspiciada por la sentencia GIRY ha sobrevivido, pues, a un texto normativo que parecía amenazarla seriamente y el Estado responde conforme a los mismos parámetros actúe la policía judicial o actúe la policía de seguridad administrativa. Y es que la lógica de las cosas impone que otra solución sea la que se adopte.

3) *La cuestión en España: ¿responsabilidad patrimonial de la administración del estado en virtud del régimen común o responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia?*

Visto el ejemplo francés, del que algún aspecto de importancia habrá que tener luego en cuenta, la cuestión en el ordenamiento español tiene que partir necesariamente, se ha indicado ya, de la determinación del ámbito subjetivo de aplicación del régimen específico de la responsabilidad estatal por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia toda vez que, objetivamente, éste no se limita al retraso aun cuando la tardanza sea, casi, casi, su buque insignia. Y sobre el particular existe un importante debate doctrinal en el que son identificables dos posturas, tanto antes como después de la promulgación de la LOPJ. La primera, pretende reducir el ámbito subjetivo de la cláusula a los daños producidos por la actividad jurisdiccional en sentido estricto, esto es, a la ejercida por los Jueces y Magistrados en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE, tesis que cuenta con algunos precedentes preconstitucionales en la jurisprudencia y en la Dirección General de lo Contencioso del Estado, precedentes que consideraron la aplicabilidad del art. 40 LRJAE a hipótesis ajenas a la función de juzgar y

(43) G. VEDEL: *op. cit.*, 726. La misma duda ha sido planteada posteriormente por otros autores aunque desde una perspectiva lógica antes que práctica puesto que tienen ya a la vista el caso POURCEL, al que ahora mismo me referiré. Vid. A. DE LAUBADERE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET: *Traité*, vol. I, cit., 829; R. CHAPUS: *op. cit.*, 968-969.

(44) Vid. el comentario de J. BUISSON: «L'application de la théorie du risque par le juge judiciaire: au-delà de la jurisprudence Giry», *RFDA* 1987-1, 92 sigs.

hacer ejecutar lo juzgado (45). En cualquier caso, el parangón con el sistema preconstitucional no pasa de ser bastante lejano por razones obvias. Las consecuencias de ésta línea doctrinal, que no anda escasa de buenos argumentos y que vendría representada por J. SOLCHAGA LOITEGUI, L. MARTÍN REBOLLO y J. TORNOS MAS (46), son dos: la remisión a los arts. 40 LRJAE y 106.2 CE para la exacción de la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades no jurisdiccionales; y, consecuentemente, la exclusión del ámbito aplicativo del art. 121 CE y concordantes de la LOPJ de quienes no ejercen función jurisdiccional en sentido estricto. Dos consecuencias y una importante ventaja: la inclusión en el régimen común de la responsabilidad de diversos supuestos que, extraídos del art. 121 CE, van a tener mayor cobertura a la vista de la mayor amplitud del título de imputación habida cuenta de que ni la LRJAE ni la Ley 30/1992 lo constriñen al funcionamiento anormal, como sí que lo hacen la Constitución y la LOPJ en relación con la Administración de Justicia.

Pero junto a esa lectura coexiste otra más que extiende subjetivamente, y de forma importante, el ámbito de aplicación del art. 121 CE en lo que concierne al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No procede ahora descender a detalles, pero son numerosos los autores que entienden que la expresión Administración de Justicia es más amplia que la de Poder Judicial, abarcando, en consecuencia, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial, al personal al servicio de la Administración de Justicia con directa dependencia de los Jueces y Magistrados, etc. M. GODED MIRANDA, C. MOVILLA ÁLVAREZ, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, P. GAR-

(45) Sentencias de 10 de mayo de 1972 (Azdi. 2441) y de 15 de diciembre de 1976 (Azdi. 6014), que fueron comentadas por F. SOSA WAGNER: «Sistema judicial y responsabilidad», *REDA* 13, 1977, 301 sigs. Por su parte, L. MARTÍN REBOLLO (*Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., 82-83) se hace eco de un Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de diciembre de 1976 que, si referido más bien a un supuesto de error judicial, apunta también en favor de la aplicabilidad del art. 40 LRJAE a un caso de detención e ingreso en prisión de una persona que fue confundida con otra. Solución ésta última que L. MARTÍN REBOLLO considera discutible desde el punto de vista de los principios habida cuenta de que la cláusula de imputación del art. 40 LRJAE se refiere a la Administración pública en sentido subjetivo, pero que ha calado luego en la Dirección General de lo Contencioso del Estado; vid. los Dictámenes números 14 y 14 bis que aparecen reproducidos en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1984, 100-105. Téngase en cuenta que tales Dictámenes se emiten con anterioridad a la LOPJ.

(46) Cfr. J. SOLCHAGA LOITEGUI: «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, Madrid, IEF, 1983, vol. III, 2535-2536; L. MARTÍN REBOLLO: *Jueces y responsabilidad*, cit., 150 sigs.; «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (el artículo 121 de la Constitución y bases de su desarrollo)», *Doc. Jur.* 45/46, 1985, 316; J. TORNOS MAS: «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», *REDC* 13, 1985, 95.

CÍA MANZANO o I. DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, entre otros, se incluirían en esta corriente de opinión (47).

Ante tal disparidad de opiniones, ¿qué criterio seguir?, ¿qué opción es la más adecuada? Desde mi punto de vista, la clave no se encuentra en el tipo de órgano que actúa, sino en la función que se desempeña. Es obvio que una actividad jurisdiccional no constitutiva de error judicial puede generar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pero creo que también es admisible que dicha responsabilidad pueda surgir en caso de actuaciones no desempeñadas por los órganos titulares de la función jurisdiccional pero íntimamente ligadas con ésta. En otras palabras, si el daño es reconducible al ejercicio de la función jurisdiccional habrá responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia con independencia de que el autor material de aquel sea el titular de la potestad jurisdiccional o cualesquiera otras de las personas, órganos o instituciones que colaboran con la Administración de Justicia, cooperan con ella o la auxilian (Libros VI y VI LOPJ). En suma, lo decisivo, y en esto me aproximo a la tesis de J. MONTERO AROCA, es que haya función jurisdiccional y que a su amparo los daños se produzcan (48). Quedan, en consecuencia, fuera del art. 121 CE otras actividades; por ejemplo, la actuación de los Abogados y Procuradores dada su falta de conexión con el Estado que permita la imputación de los daños a éste (49).

El criterio es, pues, me parece, el de la reconducción del daño al ejercicio de la función jurisdiccional, háyase o no producido directamente por

(47) M. GODED MIRANDA: «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, cit., vol. I, 325-327; C. MOVILLA ALVAREZ: *El Poder Judicial*, con P. ANDRÉS IBÁÑEZ, cit., 353; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, cit., vol. II, 1060-1061; P. GARCÍA MANZANO: «Responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», *PJ* número especial V, 1989, 188-190; I. DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ: *op. cit.*, 145.

(48) J. MONTERO AROCA: *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1989, 130. Estima este autor que el Estado responde en concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la actividad jurisdiccional, por la que se desarrolla por medio del proceso, «y en éste, dice MONTERO, intervienen no sólo los jueces y magistrados sino también el denominado personal al servicio de la Administración de Justicia. El funcionamiento anormal ha de referirse al proceso, no a cualquier actividad de todas estas personas, tanto los jueces y magistrados como el resto del personal». Desde el punto de vista subjetivo, estoy de acuerdo con este autor; desde el punto de vista objetivo, creo que puede llegarse algo más lejos, como se indica seguidamente en el texto.

(49) Así, certeramente, M. GODED MIRANDA: *op. cit.*, 326; de la misma opinión, P. GARCÍA MANZANO: *op. cit.*, 190.

la actuación de los titulares constitucionales de la misma. Y todavía puede darse un paso más. Concretamente el que deriva de la contemplación del dominio funcional constitucional de los órganos titulares de la función jurisdiccional. Porque los Jueces y Magistrados no sólo ejercen constitucionalmente ésta, sino también aquellas otras funciones (no jurisdiccionales) que les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho; y baste pensar en un ejemplo que ha dado bastante que hablar a los administrativistas: la autorización para la entrada domiciliaria en ejecución forzosa de los actos administrativos (art. 87.2 LOPJ) (50). También en estos supuestos —no así en los relativos a las funciones de Registro Civil, mencionadas en el art. 2.2 LOPJ pero no incluidas en la configuración funcional del Poder Judicial en la Constitución— puede engarzarse la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en los mismos términos en los que se engarza cuando hay ejercicio de la función jurisdiccional.

Si las conclusiones precedentes se admiten, parece indudable que los daños derivados de una actuación de la Policía Judicial, cuando se producen con directa vinculación al ejercicio de las misiones constitucionales de los órganos del Poder Judicial, deberán imputarse al Estado en virtud de la cláusula del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con las consecuencias de índole procedimental y sustantiva que de ahí derivan y a alguna de las cuales haré en breve referencia.

En el sentido propuesto parece pronunciarse, aunque sin total claridad, la STS de 6 de noviembre de 1991 (Azdi. 8869), única en lo que se me alcanza que se ha planteado el problema que aquí se analiza y por la que se resuelve, desestimándolo, el recurso contencioso interpuesto contra la denegación por silencio administrativo de una reclamación de daños dirigida al Ministerio del Interior. Se da la circunstancia de que el recurrente había elevado, simultáneamente, otra petición de idéntico contenido al Ministerio de Justicia, citando expresamente en este caso el art. 121 CE y la responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Los hechos a los que se imputa la lesión fueron los siguientes: en misión de investigación de un delito, funcionarios de policía de la Comisaría de La Arganzuela intervinieron al recurrente una joya que había comprado en un establecimiento abierto al público. Dos años después, y sin tener noticias de la joya, el interesado se dirige a la Comisaría citada y ésta le envía al Juzgado de Instrucción núm. 15 al que, le dijeron, se habían re-

(50) Una síntesis del problema, con referencias bibliográficas y jurisprudenciales, en J. BARCELONA LLOP: «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», *RAP* 127, 1992, 171 sigs. Con más detalle, del mismo autor, «Sobre ejecución forzosa administrativa e inviolabilidad domiciliaria», de próxima publicación en *RAP*.

mitido las diligencias. Reenviándole de nuevo el Juzgado a la Comisaría, el recurrente requirió notarialmente a ésta la devolución de la joya y, otra vez, se le remitió al Juzgado, donde se personó en unas diligencias equivocadas puesto que se referían al atraco a una farmacia. En vista de todo ello, reclama a la Administración la devolución de la joya o la reparación de los daños causados por su imposible restitución. Llegado el asunto al contencioso-administrativo, el recurrente hace constar en la demanda que en ningún momento hubo otra cosa que diligencias policiales; no obstante, recuérdese, había reclamado también al Ministerio de Justicia, aspecto éste que obvia en el recurso contencioso dado que, al parecer, no había denunciado la mora transcurridos los plazos legalmente establecidos al efecto (art. 94.1 LPA).

Frente a ello, el TS argumenta que sí que se practicaron actuaciones judiciales; constan testimonios del Juez de Instrucción referidos a la intervención de la joya al recurrente y a la entrega de la misma a quien dice ser su propietaria «en calidad de depósito a disposición de la Autoridad Judicial». Y de ahí deduce el TS que

«Sin mayor esfuerzo se ve que todas las pretensiones dirigidas frente al Ministerio del Interior caen por su propia base, porque ha sido la Policía Judicial la que ha intervenido en el caso y ha sido la Autoridad judicial la que ha asumido el desenlace (...), no [podrá] imputarse irregularidad alguna a la actuación policial y en el supuesto de insistirse en irregularidades cometidas por la Policía, lo será sólo en su consideración de Policía Judicial y nunca como Policía Gubernativa, único supuesto en el que cabe anudar la actuación de ella al Ministerio del Interior (...); no afirme [el recurrente] que padece una lesión como consecuencia de los servicios públicos sin más, sino que sólo le cabe, todo lo más, imputar la lesión que dice padecer a un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia al amparo del artículo 121 de la Constitución [en la Sentencia, por error, consta el artículo 106] y no imputar a la policía que no entregó actuaciones al Juzgado (...); se está pues en el caso de desestimar el recurso en lo que está dirigido frente a la actuación del Ministerio del Interior, ante quien no responden en caso de autos».

Poco nos importa ahora la vía penal que la STS de 6 de noviembre de 1991 deja abierta al recurrente; tampoco interesa demasiado discernir si la actuación policial fue o no irregular o si lo fue la del Juez de Instrucción. Pero sí que importa e interesa recalcar que se admite claramente la hipótesis de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivado de actuaciones de policía judicial, con la consiguiente remisión del recurrente a la resolución que en su día dicte el Ministerio de Justicia para que resuelva lo pertinente, resolución que, en su día, podrá ser objeto de revisión contencioso-administrativa.

Creo que la Sentencia acierta a resolver el caso de acuerdo con los

nuevos parámetros constitucionales de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En supuestos como éste, ya no hace falta acudir a la legislación administrativa con toda la problemática dogmática que, además, la aplicación de ese precepto puede comportar en caso de imputación del daño a la Administración de Justicia; las dificultades que podía suscitar en su momento la aplicación directa del art. 121 CE (51) han quedado ya solventadas por la LOPJ y, en consecuencia, hay que considerar que ahora las reglas son otras. Reglas que, no obstante, requieren todavía de algunas precisiones antes de dar por cerrado este capítulo, no sin previamente advertir que del art. 139.4 de la Ley 30/1992 pueden deducirse también argumentos en favor de la tesis expuesta pues ningún sentido tendría la inclusión del precepto en una Ley como ésta si la responsabilidad derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia quedara limitada a la de los órganos titulares de la función jurisdiccional en el ejercicio de ésta, pues ya se sabía que dicha responsabilidad se rige por la LOPJ. De ahí que, me parece, el legislador esté intentando clarificar posibles dudas al respecto dando a indicar, aunque es verdad que no con absoluta transparencia, que la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia no solamente por la actuación jurisdiccional de los jueces y tribunales puede surgir.

La primera de las precisiones que, para terminar, es preciso hacer se refiere al título de imputación, limitado en el caso del art. 121 CE al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que coloca en situación de desventaja a los particulares por comparación a lo dispuesto en el art. 40 LRJAE (y en el 139.3 de la Ley 30/1992), dado que la indemnización por los daños policiales ordinarios, de proceder en Derecho, puede provenir tanto de funcionamientos normales como anormales. Poco importan ahora las razones que movieron al constituyente para limitar de esta manera el campo de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia (52); bástenos con la constatación de lo evidente. Y esta evidencia es, precisamente, la que, desde un plano de justicia material y de garantía patrimonial íntegra del ciudadano frente a las actuaciones policiales, más seriamente se opone a la admisión de la solución propuesta más atrás. Al fin y al cabo, aunque se trate de Policía Judicial en sentido específico, sus miembros son funcionarios de la policía estatal, concreta-

(51) Cfr. L. MARTÍN REBOLLO: *Jueces y responsabilidad*, cit., 200-202. Cuestión aparte es la de si el desarrollo del art. 121 CE requiere o no una norma con el rango de ley orgánica; vid., del propio L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad del Estado*, cit., 305-306.

(52) Un relato de la tramitación parlamentaria del art. 121 CE en L. MARTÍN REBOLLO: *Jueces y responsabilidad*, cit., 113 sigs. Una ajustada crítica doctrinal a la limitación del título de imputación al funcionamiento anormal en J. SOLCHAGA LOITEGUI: *op. cit.*, 2549-2552, con un ensayo de las posibles explicaciones de aquélla.

mente del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil —y prescindiendo ahora del interesante problema de si pueden existir Unidades de Policía Judicial autonómicas, sobre el que ya hay pronunciamientos doctrinales y legales en relación con la Ertzaintza y jurisprudenciales en relación con Cataluña (53)—, por lo que parece poco apropiado, en el plano de los principios, admitir que funcionarios de un mismo Cuerpo puedan, en un caso, generar la responsabilidad extracontractual del Estado en virtud de un funcionamiento que no hay que calificar y, en otro, generar la misma responsabilidad del mismo Estado pero con el requisito de la calificación del funcionamiento que, ahora, habrá de ser anormal, con lo que se pueden poner en un brete algunas pretensiones resarcitorias que, de articularse a través de la legislación administrativa, podrían plantearse con mayores garantías de éxito.

Sin embargo, creo que, sin perjuicio de mantener la consecuencia con lo que se desprende de las normas, se puede flexibilizar en este ámbito la exigencia del funcionamiento anormal sin hacerlo desaparecer formalmente. Pienso ahora en la determinación conceptual de lo que se entiende por funcionamiento anormal, determinación conceptual que remite a un estándar medio de comportamiento de los servicios públicos, a la determinación de los estándares de actuación y rendimiento normalmente exigibles a éstos al margen de toda idea de ilegalidad (54). A la concreta precisión del funcionamiento anormal así entendido —y las ideas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el particular se traen sistemáticamente a colación cuando se

(53) Entre la doctrina, vid. J.M. CASTELLS ARTECHE: «La policía autónoma. Problemática actual», en los *Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco*, Oñati, HAEE/IVAP, 1991, vol. II, 520 sigs. Creo que hay que convenir con éste autor en que, a pesar de la voluntad manifiestamente estatalizadora de la LOFCS en materia de Policía Judicial, voluntad que contradice la postura adoptada en el art. 443 LOPJ que permitía otras soluciones, la especificidad del caso vasco, en virtud de la Disposición Final 1.ª LOFCS, permite considerar la hipótesis de una Policía Judicial autonómica. Empero, me parece que hay que tener en cuenta también que el art. 149.1.5 CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, dato éste que no hay que pasar por alto en ningún momento. En el plano normativo, la Ley Vasca, ya citada, de 17 de julio de 1992 crea y regula en sus artículos 112 a 115 una Unidad de Policía Judicial en el seno de la estructura orgánica de la Ertzaintza, con un régimen sustantivo prácticamente idéntico al previsto en la normativa estatal.

La tesis que sostiene CASTELLS permite, efectivamente, admitir que pueda existir una Policía Judicial Vasca sin perjuicio de lo que se pueda desprender del ya citado art. 149.1.5 CE; pero la solución no es extensible a Cataluña dado que la LOFCS prevé, en su Disposición Final 2, la aplicación al régimen de la policía catalana de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley, que remite, en su apartado 2.b) al art. 29.2, que es donde se dice que las policías autonómicas y locales tendrán el carácter de colaborador de las Unidades de Policía Judicial integradas por funcionarios estatales. Así lo ha entendido, correctamente, la STS de 22 de junio de 1989 (Azdi. 4429).

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios*, cit., 211-212; «La responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos en el Derecho español», *RDAF*, 7, 1964, 26.

habla del art. 121 CE— contribuye decisivamente la auspiciada fijación normativa de unos estándares medios de prestación del servicio, a través del establecimiento de unas reglas cuya infracción implica que el servicio ha funcionado mal a los efectos de la responsabilidad, y cuya propia existencia facilita de forma notable la labor de los tribunales de justicia en este punto (55).

Pues bien, dichas reglas existen en el campo de la policía de seguridad. Están contenidas en el importantísimo art. 5 LOFCS, donde se recogen los principios básicos que rigen la actuación de todas las fuerzas policiales existentes en nuestro país; sin ninguna excepción (56). Y desde el punto de vista de las tareas policiales ordinarias, no cabe duda de que los supuestos lesivos más frecuentes van a comportar una infracción de alguno de los apartados del citado precepto sin necesidad de violencia interpretativa de ningún tipo. Es cierto que algunas hipótesis pueden quedar fuera, piénsese, por ejemplo, en el extravío de efectos custodiados por la Policía Judicial, pero es indudable que ahí hay ya un funcionamiento anormal por lo que ningún problema se plantea. Por lo demás, y como veremos a lo largo de la exposición de jurisprudencia que en breve se ha de emprender, cuando de las actuaciones policiales se trata el supuesto de un funcionamiento normal generador de la responsabilidad es absolutamente insólito. Todos son funcionamientos anormales. Lo que perfectamente comprensible habida cuenta de que, como regla general, una actuación policial lesiva va a comportar la infracción, dolosa, culposa o negligente, de las pautas normativas del comportamiento de las fuerzas de seguridad.

Empero, no hay que dejar cerrada ninguna puerta. Puede ser factible que una lesión se produzca a consecuencia de un funcionamiento normal de la Policía Judicial; en tal caso, todo parece indicar que la indemnización va a quedar excluida en virtud de lo dispuesto en el art. 121 CE y en la LOPJ. Pero ésta solución no es aceptable. Bueno será recordar cómo en Francia la unidad sustancial de los principios de la responsabilidad administrativa ha llevado a la unificación del sistema en caso de los daños policiales a despecho incluso de lo que parece desprenderse del tenor literal de las normas. Creo que lo mismo habrá que hacer aquí si el caso se plantea.

(55) Vid. L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad de las Administraciones públicas*, cit., 72; también, y aunque no referido el argumento directamente al tema de la responsabilidad, *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos*, Cáceres, Ediciones de la Universidad de Extremadura, 1984, 25-27.

(56) Sobre el alcance, significado y contenido del citado precepto, vid. J. BARCELONA LLOP: *Principios básicos de actuación*, cit., en su totalidad. En Francia existe un texto parecido aunque limitado a la Policía Nacional (Decreto núm. 86-592, de 18 de marzo de 1986); cfr. B. THOMAS-TUAL: «Le Code de Déontologie de la Police Nationale: un texte passe inaperçu», *RDPSP* 1991-5, 1385 sigs.

Cuando la lesión sea producida por los funcionarios de la Policía Judicial, preciso será hacer un esfuerzo exegético para hacer encajar su conducta en el concepto legal de funcionamiento anormal, que es lo suficientemente flexible como para permitir que en él quepan muchas cosas. Si no se hace así, se llegará al absurdo de que el Estado deberá responder en unas ocasiones y en otras no siendo que los hechos son sustancialmente idénticos y que es la misma institución la que los ha producido.

La segunda y última precisión que quiero hacer aquí hace referencia a la dependencia funcional de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal, que no forma parte del Poder Judicial pero que hay que entender incluido en el concepto de Administración de Justicia a los efectos de la responsabilidad prevista en el art. 121 CE. Es decir, la responsabilidad del Estado podrá surgir también a consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando intervenga el Ministerio Fiscal en su calidad de colaborador de los órganos titulares de la función jurisdiccional. De donde se deduce que también los daños causados por el funcionamiento anormal de la Policía Judicial actuando bajo las órdenes del Ministerio Fiscal en el curso de una instrucción sumarial o de una investigación impulsada por los órganos titulares de la función jurisdiccional, deberán entenderse incluidos en lo dispuesto en aquel precepto constitucional. Ahora bien; aquí hay que hacer una salvedad. El art. 20 RD 797/1987 prevé que también la Policía Judicial actúe bajo la dependencia exclusiva del Ministerio Fiscal realizando diligencias de investigación criminal formalmente conectadas a un supuesto presuntamente delictivo pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial (57). En este caso, dado que no hay intervención alguna de los jueces o magistrados y, por lo tanto, tampoco función jurisdiccional hay que considerar que la eventual responsabilidad civil pública que pueda surgir habrá de exigirse conforme a lo dispuesto en la legislación administrativa.

IV. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO DE POLICÍA DE SEGURIDAD

Montado en Francia el sistema de la responsabilidad administrativa sobre la idea de falta, su aplicación a los daños policiales ha conocido una

(57) Al efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 20 RD 797/1987, la Instrucción 2/1988, de 4 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, determina que los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud del citado precepto. El Ministerio Fiscal, concluye la Instrucción, asumirá la dirección de las investigaciones correspondientes en los supuestos en que sea necesario.

interesante evolución que, desde la inicial exigencia de falta grave, ha desembocado en la admisión de no pocos supuestos en los que la misma no es necesaria. Es verdad que el requisito de la falta grave no ha desaparecido del todo (58), pero se ha abierto un ancho camino en el que la responsabilidad administrativa queda engarzada por aplicación de otros criterios. Así, la teoría del riesgo creado por el empleo policial de medios especialmente peligrosos condujo en 1949 al Consejo de Estado a la admisión de la responsabilidad sin falta en algunos casos de uso de las armas de fuego por la policía, quebrando la línea que postulaba la necesidad de que concuñera una falta grave (59); asimismo, el principio de igualdad ante las car-

(58) La exigencia de falta grave aparece tempranamente en la jurisprudencia sobre responsabilidad derivada de los daños policiales (vid. la nota 3 del presente trabajo) —si bien la doctrina discute sobre si estaba ya presente en las conclusiones de ROMIEU al asunto GRECCO o si no fue hasta el caso CLEF, de 1925, cuando, de modo expreso, comenzó a requerirse su presencia (cfr. R. CHAPUS: *op. cit.*, 962; T. RENOUX: *op. cit.*, 69; L. RICHER: *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1987, 135 y nota)— y todavía hoy sigue siendo necesaria en numerosos casos para generar la responsabilidad del Estado por los daños causados por la policía. La justificación no es otra que la dificultad especial del servicio, pero hay que reconocer que, sin apriorismo alguno, la jurisprudencia procede a la calificación de la falta como grave en función de las circunstancias de cada caso concreto, por lo que lo importante no es que la falta ostente aquella entidad en abstracto, sino que a la vista del supuesto de hecho específico pueda ser calificada como grave. Vid., por ejemplo, las decisiones VILLE DE PARIS *c/* MARABOUT, de 20 de octubre de 1972 (y el comentario de M. WALINE: «La responsabilité d'une ville pour carence de ses services de police», *RDPSP* 1973, 832 sigs.); COMMUNE DE VILLERS-SEMEUSE *c/* SIEUR BIHAY ET AUTRES, de 7 de julio de 1976; VILLE DE BAYONNE, de 3 de abril de 1981; ROBERT, de 10 de diciembre de 1986; MADAME TRIBIER, de 16 de octubre de 1987; SOCIETE AUTOMOBILES CITROEN, de 6 de mayo de 1991; así como las ya citadas CONSORTS YENER ET ERETZ, de 29 de abril de 1987; MINISTRE DE L'INTERIEUR *c/* COMPAGNIE AIR INTER ET SOCIETE D'ASSURANCES ET REASSURANCES «LA REUNION FRANÇAISE», de 14 de marzo de 1979; SOCIETE ANONYME COMPAGNIE AIR-INTER, de 10 de febrero de 1982, entre otras.

(59) La falta grave se exigió, por ejemplo, en el asunto DAME GIRAUD, de 18 de marzo de 1932, que recoge J.L. CARRO en su *op. cit.*, 1174. El cambio de criterio se produce con dos importantes decisiones de la misma fecha, 24 de junio de 1949, casos CONSORTS LECOMTE y FRANQUETTE ET DARAMY, en las que el Consejo de Estado elimina el requisito de la falta grave cuando el lesionado es un tercero ajeno a la acción policial y el instrumento utilizado se caracteriza por su especial peligrosidad, considerándose entonces que el daño sufrido excede del que normalmente se debe soportar por el funcionamiento del servicio. Sobre la cuestión de la ajenidad del lesionado a la intervención policial habrá que volver más adelante; ahora procede indicar solamente que el Consejo de Estado ha extendido la noción de peligrosidad del medio empleado a cualesquiera armas de fuego, no limitándola a aquellas que, por lo que fuera, tienen un carácter excepcional (*arrêts* JUNG, de 1 de junio de 1951, y NICOL, de 27 de abril de 1953), pero ha sostenido lo contrario en relación con las granadas lacrimógenas y las defensas (casos EPOUX DOMENECH, de 16 de marzo de 1956, y PETIT, de 8 de julio de 1960). Cfr. M. LONG et al.: *op. cit.*, 418 sigs. En relación con la idea del riesgo creado por el empleo de medios peligrosos que el Consejo de Estado maneja en estos casos —ya aducida anteriormente en el asunto REGNAULT DESROZIERES, de 28 de marzo de 1919, sobre la explosión de un polvorín militar y entremezclada entonces con los riesgos

gas públicas excluye el requisito de la falta ante ciertas omisiones o inactividades policiales, consistan o no en la inejecución de una decisión judicial (60).

Si me he detenido un momento en el caso francés es para poner de manifiesto que las sutilezas jurisprudenciales que propenden a corregir los abusos que pueden derivar de la indiscriminada exigencia de falta grave no son necesarias entre nosotros; no hace falta en nuestro país acudir a la idea de falta o a su ausencia porque, como es sobradamente conocido, el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración bascula en este punto sobre la cláusula de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Funcionamiento normal o anormal que, supuesta la lesión resarcible, se erige, así, en el criterio legal determinante del deber de indemnizar y de su atribución al patrimonio público, y que marca las diferencias entre el sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual

que exceden de los límites que normalmente resultan de las relaciones de vecindad— parece que nos encontramos no ante un riesgo social, que justifica la responsabilidad en otras hipótesis, sino ante lo que se ha denominado «riesgo-peligro» determinante del resarcimiento por el hecho mismo de la peligrosidad de las situaciones (T. RENOUX: *op. cit.*, 94-95) con independencia de toda idea de falta aunque lo común sea que en el caso de las violencias policiales con ocasión del uso de las armas una falta grave se haya cometido (así, L. RICHER: *op. cit.*, 164).

(60) La ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas justifica la responsabilidad sin falta en el caso de la inejecución policial de una decisión judicial cuando la misma se justifica por razones de orden público en sentido estricto. La regla fue afirmada por vez primera en el *arrêt* COUTEAS, de 30 de noviembre de 1923, y ha sido sistemáticamente aplicada desde entonces por la jurisprudencia, teniéndose establecido que si transcurrido un plazo de dos meses desde la solicitud de la intervención de las fuerzas de policía para la ejecución de la decisión judicial aquéllas no proceden a ejecutarla, surge una responsabilidad por falta grave a menos que la Administración justifique precisamente las razones de seguridad pública que aconsejan la no ejecución, surgiendo entonces un derecho al resarcimiento en favor del titular del derecho declarado judicialmente en virtud de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. Las decisiones recientes que aplican este criterio son muy abundantes. Vid., entre otros, los asuntos DAME MOREL *c/* SYNDIC DE LA LIQUIDATION DE LA SOCIETE HELIO-CACHAN, de 7 de noviembre de 1984; SOCIETE TRANSAFINA, de 7 de diciembre de 1984; MINISTRE DE L'INTERIEUR *c/* DAME GOUTTEGATA, de 27 de febrero de 1985; COMPAGNIE IMMOBILIERE DE LA REGION PARISIENNE, de 20 de marzo de 1985; SOCIETE ANONYME ANODISATION, de 2 de febrero de 1987; LAPORTE, de 17 de febrero de 1989; CONSORTS HAUBOIS, de 21 de julio de 1989; SOCIETE AUTOMOBILES CITROEN, de 6 de mayo de 1991. Los mismos principios que inspiran esta jurisprudencia se aplican en algunos casos en los que a la inactividad policial no precede una decisión judicial a ejecutar; así, en SOCIETE «LA CARTONNERIE ET IMPRIMERIE SAINT-CHARLES», de 3 de junio de 1938 (ocupación de una fábrica por huelguistas), o en SOCIETE ANONYME BALLANDE-VANUATU, de 27 de septiembre de 1985 (desalojo de los ocupantes de un inmueble). No obstante, hay que precisar que si media decisión judicial los poderes apreciativos de la Administración son algo menores que en el caso contrario dado que entonces, dice G. VEDEL (*op. cit.*, 242), aquélla está vinculada a la autoridad material de la cosa juzgada.

y el régimen de la responsabilidad civil de Derecho privado aun cuando en éste se aprecie una tendencia doctrinal nada desdeñable en pos del aseguramiento social de algunos riesgos al margen de los parámetros tradicionales de la responsabilidad civil (61).

De lo anterior se infiere con facilidad la amplitud de la cobertura que nuestro ordenamiento jurídico otorga a los lesionados por una actuación administrativa determinada, circunstancia que, hablando ya de los daños policiales, convierte en irrelevante que para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se haya o no cometido un delito o una infracción administrativa o que, existiendo infracción penal, los funcionarios hayan quedado exentos de responsabilidad criminal por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber. Todo ello es indiferente; lo que importa es que al servicio policial pueda ser imputado el daño antijurídico efectivamente producido con independencia de la eventual entidad culposa, negligente o dolosa de la conducta del autor material de aquel. Y repárese en que va a ser frecuente que el agente lesivo esté identificado o individualizado. En la doctrina general de la responsabilidad administrativa, ya se sabe, es innecesario localizar al autor de la lesión e incluso muchas veces no es nada sencillo hacerlo; en materia de policía, la regla indudablemente se mantiene en abstracto, pero lo más común va a ser que agente lesivo sea conocido. Pero nada de eso, insisto, tiene relieve salvo en el aspecto de la acción de regreso; lo que importa, desde el punto de vista de la garantía del patrimonio de la víctima, es que haya habido funcionamiento del servicio.

En la jurisprudencia estudiada es extraño que la demanda tenga su origen en un funcionamiento normal de las fuerzas de policía, esto es, en un comportamiento policial ajustado a los estándares legales de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad, ya mencionados. Tan sólo he podido localizar un ejemplo en el que la acción de responsabilidad tiene como base una conducta policial que pudiéramos calificar como un funcionamiento normal. Se trata de la STS de 8 de junio de 1988 (Azdi. 5077) que resuelve, desestimándola, la reclamación de daños elevada por un profesor que fue detenido por la policía como presunto autor de un delito de violación que luego se reveló inexistente. Hay que precisar que la detención se produjo cuando, estando el involucrado en una reunión con otros profesores y padres de alumnos del Colegio, la policía entró en ella acompañada de la joven que decía haber sido violada y de sus padres, joven que señaló al profesor citado como autor de la pretendida agresión sexual. Trasladado a

(61) Sobre este extremo vid., por todos, L. DIEZ-PICAZO: «La responsabilidad civil hoy», ADC 1979, tomo XXXII, fasc. IV, 727 sigs.

las dependencias policiales, fue conducido ante el juez al día siguiente, quien ordenó su puesta en libertad.

En su demanda, el interesado adujo la producción de daños y perjuicios morales derivados de la detención policial (62), argumento que el TS pretende resolver a través de la relación de causalidad, pero no sin antes referirse a la índole del funcionamiento policial:

«Desde luego, aquí no ha habido actuación anormal, pues el demandante reconoce que la Policía actuó en todo momento con absoluta corrección y que fue llevado a presencia del juez antes de las veinticuatro horas. Tampoco es anormal que se le retuviera hasta ese momento, dada no sólo la gravedad del hecho imputado sino la existencia de los motivos racionales para creer en la existencia de delito e incluso para creer en la posible impuntabilidad. Sin que esto deba interpretarse como desdoro de la honorabilidad (...) del imputado. Porque la Policía se encuentra con una denuncia de un hecho grave (...) y por una identificación claramente hecha por la que se dice perjudicada. Lo que no puede la Policía saber en ese momento es si esos hechos son verdaderos, y aunque la presunción de inocencia está constitucionalmente reconocida, la Ley le autoriza y la prudencia aconsejaba esperar a que el juez decidiera al día siguiente lo que debía hacerse. Y tampoco hay anomalía en que se le condujera en coche celular a presencia del juez en las mismas condiciones que a los demás detenidos. El funcionamiento de la Policía fue absolutamente normal, por tanto».

Si aplicamos al caso los vigentes parámetros legales del comportamiento policial, se observa que, según el relato fáctico de los hechos que consta en la Sentencia, los funcionarios cumplieron con los requisitos que el ordenamiento impone en relación con el tratamiento de los detenidos. Funcionamiento normal, pues, del servicio. Pero de ahí no debe desprenderse apriorísticamente la inexistencia de responsabilidad si concurren le-

(62) Merece la pena transcribir el tenor literal de la demanda en este punto, que aparece entrecorrido en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 8 de junio de 1988 y que no tiene desperdicio. Los daños y perjuicios morales aducidos por el actor derivarían, y es el escrito de demanda, «de las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la Policía, pues a pesar del trato correcto de que fue objeto, tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas, a la salida del Colegio acompañado por la Policía, a la salida de Comisaría para subirse en dicho coche celular, por la misma puerta por donde otros entran para casarse por lo civil; y, para colmo de los males, su fotografía (de frente y de perfil), se encuentra actualmente en los ficheros de la Policía de Málaga, en el mismo cajón de fotos que se enseñan o exhiben a los ciudadanos que acuden a la Policía para identificar a violadores de mujeres... Porque, y ¡ésta es otra!, no se puede cancelar este concreto antecedente policial, porque el señor F.D., el 15 de mayo de 1982, le dio una bofetada a un alumno y fue denunciado en dicha Comisaría; y, por ende, el Juzgado de Distrito, que vio el juicio de faltas correspondiente, también tiene que librar otro certificado, diciendo que no se le siguen responsabilidades por aquel asunto. Y esto último, concretamente, mi mandante no tiene interés en cancelarlo, porque lo del 'guantazo' fue verdad».

sión y nexos causales. Sobre lo primero el TS no se pronuncia claramente; pero sobre lo segundo sí: en caso de haberse producido realmente los daños morales aducidos por el reclamante, éstos no deben ser resarcidos por la Administración sino por quienes provocaron sin fundamento alguno la intervención policial dado que, dice el TS, no existe nexo causal alguno entre ésta y aquéllos. Y si el nexo causal falta *ab origine*, la identificación del patrimonio responsable pretendida por el actor no puede sino fracasar puesto que, por muy amplia que sea la cobertura, también la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tiene sus límites institucionales, no imponiendo el ordenamiento la imputación del resarcimiento al patrimonio público si no media una relación de causalidad (63). Ésta fue realmente la clave del asunto y no la concurrencia de un funcionamiento normal lesivo (64).

Muy comunes son, por el contrario, los fallos que consideran que la actuación policial involucrada se reconduce a un funcionamiento anormal del servicio. Las hipótesis son variadas, pero indudablemente se afirma la existencia de un funcionamiento de aquella índole cuando la intervención de las fuerzas de seguridad es desproporcionada. Es sabido cómo desde la fundamental y antes citada Sentencia de 18 de enero de 1982, el principio de proporcionalidad se inserta en el núcleo mismo de la licitud de las acciones policiales, no estando de más recordar que también rige en el campo penal a la hora de apreciar la eximente completa o incompleta de obrar en cumplimiento de un deber (65) y que la proporcionalidad está registrada en

(63) Me importa recalcar especialmente que no es que hubiera interferencia sobre la relación de causalidad, sino que, simplemente, ésta no existía entre los daños y la actuación administrativa, de donde la atribución jurídica del deber de reparar a la Administración no podía prosperar por faltar todo nexo entre el titular del servicio y el daño (se sigue aquí el concepto de imputación que manejan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 372). Y es que si bien la causalidad es una cuestión de hecho, la imputación es una cuestión jurídica; ambas deben diferenciarse. Vid., entre los civilistas, A.F. PANTALEÓN PRIETO: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Ceura, 1990, tomo II, 1561 sigs.

(64) Es interesante destacar que la Sentencia estudiada no hace cuestión alguna del resarcimiento de los daños morales, tema éste que ya está pacíficamente admitido en nuestra jurisprudencia aunque haya costado bastante tiempo llegar a tan elemental conclusión (cfr. L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., 76 sigs.). Aunque en el presente trabajo el aspecto indemnizatorio se margina, no quiero dejar de indicar que en no pocos casos el resultado lesivo de una actuación policial se refleja en el fallecimiento de la víctima por lo que la indemnización debe incluir también los daños morales, como se admite en el art. 104 CP tras la reforma de 1944 y en la jurisprudencia civil desde la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 (vid. F. DE CASTRO Y BRAVO: «La indemnización por causa de muerte», *ADC tomo IX, fasc. II, 1956, 476-477*). Un ejemplo claro de la valoración de la *afectio doloris* en la jurisprudencia estudiada en la STS de 4 de febrero de 1985 (Azdi. 986).

(65) Puesto que, frente a lo que sucede con la eximente de legítima defensa en la que no

el art. 5.2, c) LOFCS junto a los principios de congruencia y oportunidad. Es, pues, una regla decantada en el campo de las actuaciones policiales, que también tiene sus efectos en el plano de la responsabilidad. Veamos algunos ejemplos.

La STS de 4 de febrero de 1985 (Azdi. 986), aceptando en este punto los razonamientos de la apelada, establece claramente que el comportamiento antijurídico de la víctima (huída ante un control policial) no rompe la relación de causalidad si la reacción policial es desproporcionada (66), tesis que también acoge la Sentencia de 28 de enero de 1986 (Azdi. 69) en la que puede leerse que

«la huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de las armas de fuego para impedirle, pues constante jurisprudencia (...) viene declarando que el uso lícito de las armas de fuego por la Policía requiere una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas y tal situación no es apreciable cuando el requerido de detención se limita a emprender la huida, pues en tal caso el empleo de las armas constituye una medida desproporcionada que notoriamente merece la calificación de respuesta excesiva por los daños graves e irreversibles que puede producir en lesión o privación de la vida humana (...) y que desde luego es totalmente injustificada como medio de detención de una persona que huye, que debe intentarse montando el servicio policial con adopción de

hay una exigencia de proporcionalidad en sentido estricto por amparar cualquier conducta necesaria para repeler la agresión siempre que exista necesidad racional del medio empleado, en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber la proporcionalidad es un elemento esencial dado que para su apreciación se ha de tener en cuenta tanto la necesidad de la violencia en abstracto como la necesidad de la violencia en concreto. Vid., por todos, J. CEREZO MIR: «Cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones», *ADPCP* 1987-2, 273 sigs.; *Curso de Derecho Penal español*, vol. II/2, Madrid, Tecnos, 1990, 52 sigs. Empero, en algunos casos, la apreciación jurisprudencial de la eximente, completa o incompleta, de obrar en cumplimiento de un deber despierta algunos reparos; así ocurre con la STS de 16 de mayo de 1983 (Azdi. 2710), recaída a raíz del tristemente célebre «caso Almería» y sobre la que se pueden encontrar referencias en J. BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico*, cit., 293-294. Entre la jurisprudencia penal más reciente, es interesante la STS de 24 de marzo de 1992 (Azdi. 2436) en la que se estiman la proporcionalidad y congruencia del empleo del arma de fuego; en cambio, la STS de 30 de abril del mismo año (Azdi. 3335) tiene en cuenta le eximente de legítima defensa, aunque en algún momento hable del deber profesional del funcionario procesado, admitiendo como hipótesis que frente a una barra de hierro es lícito y no desproporcionado el uso del arma de fuego.

(66) El fallecido circulaba en un vehículo robado y, al percatarse del control policial de carreteras, que se había montado tras la comisión de diversos robos en la zona, giró bruscamente y emprendió la huida a toda velocidad, sin atender las indicaciones de alto. Tras disparar al aire, las fuerzas de seguridad lo hicieron sobre las ruedas del vehículo, que fue localizado algo más adelante atravesado en la carretera y con su ocupante gravemente herido en el interior. Los hechos ocurrieron en el barrio bilbaíno de Buya la madrugada del 24 de enero de 1978. La indemnización concedida fue de 2.000.000 de pesetas.

las previsiones que normalmente sean necesarias para hacer efectiva esa detención, al margen del uso de las armas de fuego».

En un sentido similar se pronuncian también las Sentencias de 14 de octubre de 1986 (Azdi. 6543) y 29 de mayo de 1991 (Azdi. 3901) (67). El pulso de la jurisprudencia es, pues, bastante firme y sigue con fidelidad los pasos inaugurados por la Sentencia de 18 de enero de 1982. El exceso, la falta de proporcionalidad en la respuesta policial constituye un funcionamiento anormal del servicio capaz de enervar la eficacia de la conducta antijurídica de la víctima en su cualidad de interruptora del nexo causal; no obstante, y como veremos más adelante, la jurisprudencia admite que, aun habiendo desproporción, el comportamiento de la víctima, si bien no llega a interrumpir la relación de causalidad, sí que puede conducir a que se produzca una concurrencia causal con consecuencias en el plano indemnizatorio.

Pero el funcionamiento anormal no se conecta solamente con la falta de proporcionalidad; también existen ejemplos en los que aquel funcionamiento se detecta ante defectuosas previsiones de las fuerzas de seguridad, ante omisiones o pasividades de éstas o, incluso, ante la falta de coordinación de los órganos administrativos intervinientes. Son casos en los que, por lo demás, la referencia a la proporcionalidad puede o no estar presente en función de las circunstancias concretas de cada uno de ellos.

En relación con la custodia y traslado de detenidos, dos Sentencias son de interés. La de 18 de diciembre de 1985 (Azdi. 6538) considera que resultando anómalo que le fueran quitadas las esposas al detenido «sin adoptar las medidas adecuadas a fin de evitar toda reacción de huida o agresión por parte del mismo», los funcionarios incurrieron «en una falta de previsión que fue desencadenante de lo posteriormente sucedido, lo cual lleva ya en principio un anormal funcionamiento del servicio determinante de la responsabilidad del Estado». Y lo posteriormente sucedido fue que, liberado de sus esposas, el detenido intentó darse a la fuga, resultando muerto por los disparos de la policía. Hay, pues, funcionamiento anormal, pero nótese que lo determinante del fallo condenatorio no fue tanto éste cuanto

(67) La Sentencia parcialmente transcrita en el texto versa sobre la huida de un conductor ante un control policial establecido en las calles de Bilbao a altas horas de la noche, no constando el motivo de la actitud del fallecido. La indemnización fue de 6.000.000 de pesetas. La falta de obediencia a la orden de alto de la Guardia Civil por el conductor de una motocicleta, que no fue quien falleció, sino su acompañante, se encuentra en la base de Sentencia de 14 de octubre de 1986, de la que no se deduce cuál fue la cuantía de la indemnización. En la de 29 de mayo de 1991, los fallecidos huyeron del control policial porque portaban en su vehículo objetos de contrabando; de nuevo tuvieron lugar los hechos en el País Vasco, elevándose la indemnización a 5.225.000 pesetas, más el abono de los intereses correspondientes desde el 3 de abril de 1985.

la reacción policial desproporcionada, de donde se desprende que la cifra del mal funcionamiento del servicio se encontraba también en la falta de proporcionalidad, por lo que de haber existido ésta y no la falta de previsión, la condena también se hubiera producido (68).

Sobre la responsabilidad por funcionamiento anormal con ocasión de la custodia y traslado de detenidos insiste la Sentencia de 29 de abril de 1986 (Azdi. 2977), relativa al fallecimiento de un detenido, al parecer miembro de una peligrosa banda de delincuentes comunes, a consecuencia del disparo accidental recibido al realizar un movimiento brusco que pudo ser considerado revelador de un intento de fuga. Los hechos ocurrieron en la puerta misma de acceso a la prisión provincial de Badajoz. Con independencia de que hubiera realmente o no intento de fuga, que parece que no lo hubo, el TS consideró que

«lo que ocurre es que la única medida para evitar cualquier intento de fuga fue la extrema de tener el arma aprestada para disparar, siendo así que podrían haberse tomado otras, para el caso absolutamente eficaces, y que no habrían creado la situación de riesgo cierto de la que derivan los hechos con resultado de muerte que se acaban de narrar. Y el hecho de que se afirme que el furgón empleado, a causa de su tamaño, no puede entrar en la Prisión (así consta en la prueba obrante en autos) no es sino otra muestra de imprevisión de la Administración. De manera que (...) resulta evidenciado un funcionamiento anormal del servicio de vigilancia y custodia de detenidos de cuyas consecuencias dañosas debe responder la Administración» (69).

La referencia que hace el TS a la creación de una situación de riesgo cierto, no debe llevarnos a engaño. Se trata de una referencia ajena al significado que la idea de riesgo tiene en el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En éste, la imputación por riesgo alude al funcionamiento normal de los servicios públicos (70), y no era tal en el

(68) La indemnización ascendió en el caso a 1.500.000 pesetas devengando los intereses del art. 1108 CC desde el 4 de junio de 1982 y los del art. 45 de la Ley General Presupuestaria desde los tres meses del traslado a la Administración de la Sentencia.

(69) A la familia de la víctima, viuda y cinco hijos, el mayor de cinco años al momento de ocurrir los hechos, se le reconoció el derecho a ser indemnizada con 3.000.000 de pesetas, cantidad que, dice el TS, parece justa en atención a las circunstancias familiares y de todo tipo concurrentes en el caso, devengando el interés legal según el tipo básico del Banco de España.

(70) Mientras que en Francia la responsabilidad por riesgo sirve para eliminar la exigencia de falta y se aplica a una variada gama de situaciones, en España la doctrina del riesgo, tan conectada con el caso fortuito, tiene su encaje sistemático en el funcionamiento normal del servicio, lo cual es perfectamente coherente con las bases del sistema puesto que si hay funcionamiento anormal la imputación por riesgo carece de todo sentido dado que el título por el que se atribuye jurídicamente al patrimonio público el deber de indemnizar al lesionado es,

caso que nos ocupa: había habido un mal funcionamiento, una auténtica *culpa in committendo* generadora de la responsabilidad.

El funcionamiento anormal también puede producirse en la hipótesis de omisiones o no actuaciones policiales, como lo demuestra la Sentencia de 28 de octubre de 1986 (Azdi. 6635). Los hechos versan sobre la falta de protección policial de una manifestación celebrada en Pamplona en 1983. Para comprender mejor las circunstancias del caso, téngase en cuenta que la manifestación lo era en pro del derecho a la vida del nonato y que por aquellas fechas eran relativamente frecuentes incidentes violentos en las manifestaciones en favor o en contra de la despenalización del aborto. Habiéndose tomado ciertas precauciones policiales en previsión de posibles disturbios, aquéllas no se extendieron al lugar donde la manifestación concluía a pesar de haberse recibido advertencias de que allí iban a realizarse actos en contra de la misma. El resultado fue que, al llegar al lugar en cuestión el grueso de los manifestantes, se observó que el equipo de megafonía instalado había sufrido graves desperfectos y que el servicio de seguridad de la manifestación estaba manteniendo enfrentamientos con un grupo de unas cincuenta personas, que sólo entonces fueron dispersadas enérgicamente por la Policía Nacional (71).

Haciendo hincapié en que la policía cumple una misión también preventiva, el TS juzga inexcusable que no se adopten las medidas necesarias cuando las alteraciones de la seguridad ciudadana son, como parece ser que lo eran en el caso, previsibles. De donde deduce la Sentencia que si bien la función represiva de la fuerza pública pudo funcionar eficazmente,

»no ocurrió lo propio con aquella otra de carácter preventivo que, a fin de impedir posibles enfrentamientos, se le había ordenado realizar, que debió practicarse oportuna y eficazmente sobre todo desde el momento en que los mismos eran de esperar cuando con bastante anterioridad la misma [la fuerza pública] fue avisada y los Agentes tuvieron ocasión de comprobar que existía un grupo de contramanifestantes que aguardaban la llegada de la manifestación y habían colocado en el quiosco de la plaza una pancarta en favor del aborto y, por tanto, conflictiva con el objeto de aquella, ante lo que actuaron en simple 'plan de observación' y, desentendiéndose de tal hecho, volvieron a 'fijar la atención en el recorrido de los manifestantes' por lo que, en puridad, el resultado lesivo no derivó de la conducta de los alborotadores, sino de quienes, llamados a impedir con su oportuna intervención

cabalmente, el del propio funcionamiento anormal. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios*, cit., 212; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 384; J. LEGUINA VILLA: «La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *RAP* 92, 1980, 32-33.

(71) En este caso, la indemnización declarada, con sus correspondientes intereses, ascendió a 877.500 pesetas.

que el designio de aquéllos se consumara, se limitaron a adoptar una actitud puramente pasiva sin la que el daño en cuestión no se habría producido».

Me parece razonable que el TS censure la pasividad de las fuerzas de seguridad, pasividad indudablemente inserta en la idea de funcionamiento anormal y que podríamos calificar, en expresión de A. NIETO, de inactividad material fáctica (72); pero creo que dos puntualizaciones proceden a la vista de la Sentencia de 28 de octubre de 1986. La primera que, al menos en mi opinión, de algún modo tuvo que haberse considerado la concurrencia del hecho de tercero en la producción del daño puesto que si bien éste no fue evitado por la policía pudiendo haberlo hecho —o, al menos, pudiendo haberlo intentado—, ninguna duda cabe de que los autores materiales de los destrozos en el equipo de megafonía fueron los contramanifestantes. Y esto habría que haberlo tenido en cuenta. Es posible que la imposibilidad de identificar a los alborotadores, que huyeron por las calles adyacentes tras una, al parecer contundente, carga policial, haya conducido a la solución de la Sentencia que se comenta; quizá por ello ni se plantea el tema de la concurrencia de causas. Pero lo que a lo mejor vale para un caso concreto, para éste, por ejemplo, quizá conduzca a resultados contraproducentes aplicado mecánicamente a otro distinto en una materia tan casuística como ésta. No se pueden, en suma, generalizar respuestas cuando las mismas se explican en circunstancias singulares.

(72) A. NIETO: «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», DA 208, 1986, 22-23. El control que proporciona el juicio sobre la responsabilidad parece suficiente en materia de policía de seguridad, posiblemente no en otras, para satisfacer las razonables expectativas del perjudicado por la inactividad material fáctica. Es obvio que lo que le importa, en verdad, es que la inactividad no se produzca, que haya actuación de la policía; pero cuando no es así, la indemnización cubre un vacío, el de la no actuación, cuya realidad no admite, en nuestro caso, otras soluciones a menos que se proceda penal o disciplinariamente contra el responsable personal de la omisión, soluciones que no son en absoluto incompatibles con la indemnización y respecto de las cuales el interesado puede tener muy poco interés porque le preocupan otras cosas. Ahora bien, y trascendiendo ya del concreto campo de la inactividad material de la policía, lo cierto es que el tema de la inactividad material fáctica no puede contemplarse sólo desde la óptica de la responsabilidad; flaco favor haríamos al Estado de derecho y a la posición que en él ocupa la Administración si el poder público asumiera tranquilamente el coste financiero de sus omisiones y no se preocupara por solventarlas, por, en suma, esforzarse en que los servicios funcionen y porque si hay que indemnizar sea, al menos, porque ha habido funcionamiento. Pero como en definitiva la responsabilidad sigue teniendo su importancia en caso de omisiones y, posiblemente, bueno sea ponerle algunos linderos, de alguna manera hay que tenerla en cuenta como remedio, aunque sea insatisfactorio. Además del trabajo citado de A. NIETO, vid. sobre el particular A. JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ: «Responsabilidad administrativa por culpa 'in vigilando' o 'in omittendo'», PJ 2, 1986, 117 sigs.; J. LEGUINA VILLA: *op. cit.*, 20-21; referencias también, proponiendo diferenciar entre no funcionamiento y funcionamiento anormal, en J.M. REYES MONTERREAL: «La responsabilidad de la Administración por el «no funcionamiento» de los servicios públicos», AA 1987, 38, 631 sigs.

Una segunda indicación que quería hacer en relación con la Sentencia de 28 de octubre de 1986 hace referencia a la exigibilidad de previsión policial de los comportamientos delictivos o alteradores de la seguridad ciudadana. Para que pueda hablarse de funcionamiento anormal de la policía de seguridad en estos casos es preciso que razonablemente pueda preverse el evento porque sólo entonces surgirá el deber de poner en funcionamiento el servicio. La Sentencia parece entenderlo así cuando estima que la prevención policial de la seguridad ciudadana «es imposible o difícil cuando racionalmente no es esperable una acción que la ponga en peligro», y con mucho cuidado han de manejarse los criterios determinantes del surgimiento de la responsabilidad en caso de inactividades policiales. Es preciso ponderar con cautela si, realmente, la policía pudo haber actuado o si la producción de unos hechos que generan el deber policial de intervenir era racionalmente previsible. Todo ello teniendo en cuenta, también, los medios reales de que las fuerzas de seguridad disponen.

Un último ejemplo de funcionamiento anormal de los servicios policiales, si bien completamente distinto a los anteriores, lo proporciona la Sentencia de 16 de mayo de 1989 (Azdi. 3697), que resuelve la reclamación de indemnización por la subasta de un vehículo cuya sustracción había denunciado su propietaria bastantes meses atrás. La subasta era consecuencia de la aprehensión del vehículo por la Guardia Civil de Granada —que consideró que el automóvil permanecía ilegalmente en España—, cuando ante ella misma se había denunciado tiempo atrás la desaparición del mismo. El criterio del TS es tajante:

«en el caso cuestionado ha concurrido, desde luego, un funcionamiento anormal de los servicios públicos por la más absoluta y total descoordinación de la actividad administrativa desarrollada por los órganos intervinientes, pues, constatada la realidad de las denuncias presentadas, resulta anómala y contraria a la normalidad de la función pública la aprehensión del vehículo por fuerzas, incluso, de la Guardia Civil del mismo Subsector, y las subsiguientes actuaciones que desembocaron en la subasta».

Es, pues, un caso diferente a los otros, como he dicho; no se trata de lo que podríamos considerar un daño derivado de una acción policial prototípica. Pero no sólo de éstas puede, como vemos, surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración (73).

(73) La STS de 16 de mayo de 1989 condena a la Administración a abonar a la reclamante la cantidad de 335.000 pesetas que es el importe que alcanzó en la subasta el automóvil propiedad de aquella, no acreditándose, dice el TS, otros daños que justifiquen el incremento de la indemnización.

V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA INCIDENCIA EN LA MISMA DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

Una de las piezas clave del sistema de responsabilidad patrimonial objetiva es la de la relación de causalidad. Como ha podido decir J. LEGUINA, sustituido el criterio de la culpa por el del riesgo o el de la titularidad del servicio, «el elemento de nexo causal existente entre el funcionamiento del servicio y la lesión patrimonial pasa naturalmente a constituir el dato determinante de la imputación de daños a la Administración» (74). Dato determinante que no debe pasar por alto que todo el sistema reposa sobre el quicio de la garantía patrimonial de la víctima, principio que ha de tenerse muy en cuenta a la hora de calibrar el problema de la causalidad cuando en la producción del daño interviene más de una causa. Supuesta la concurrencia de lesión resarcible en sentido técnico, la relación de causalidad se yergue, así, como criterio determinante para la atribución jurídica del deber de resarcir a la Administración, siendo uno de esos elementos del sistema de cuya precisión depende, como ya advirtiera NIETO en 1975, el equilibrio mismo de aquél (75). Faltando en Derecho administrativo una teorización de la causalidad semejante a la que existe en el Derecho penal —y sobre esto no han dejado de insistir los autores—, las respuestas al problema quedan remitidas a la apreciación de los tribunales, lo que, ciertamente, elimina toda posibilidad sistematizadora, aunque, según ha destacado recientemente el propio NIETO, se advierte un entramado jurisprudencial que, poco a poco, va dando respuestas y permite saber a qué atenerse, sin perjuicio del amplio campo que conviene dejar a los tribunales para la apreciación de la prueba y la subsunción de los hechos concretos en cada una de las posibles opciones que caben en la determinación del alcance de las eventuales interferencias que pueden alterar el mecanicismo de la causalidad directa y exclusiva (76).

(74) J. LEGUINA VILLA: «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración», *RAP* 60, 1969, 165.

(75) A. NIETO: «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA* 4, 1975, 90 sigs. Poco después, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ publicaba un importante trabajo sobre el mismo tema: «El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, 689 sigs., al que hay que añadir el últimamente citado de J. LEGUINA VILLA, así como las páginas que este mismo autor dedica al tema en *La responsabilidad del Estado*, cit., 27-31. Puede decirse, ciertamente, que los planteamientos más correctos en materia de concurrencia de causas se encuentran ahí.

(76) A. NIETO: «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», *REDA* 51, 1986, 427 sigs.; también hay que registrar aquí, entre lo más reciente, el valioso análisis jurisprudencial de A. BLASCO ESTEVE: «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», *REDA* 53, 1987, 99 sigs.

El problema tiene singular relieve en materia de daños policiales porque no va a ser inhabitual que la conducta de la víctima se encuentre en la base fáctica misma de la actuación lesiva de las fuerzas de seguridad, circunstancia que de alguna forma hay que tener en cuenta. En el sistema francés se admite que si el lesionado por una actuación policial es el desencadenante de aquella, el empleo de medios peligrosos, que en otro caso conduciría a una responsabilidad por riesgo, como ya nos consta, no va a exonerar de la exigencia de falta. Ahora bien, puesto que los medios son peligrosos, si bien la conducta de la víctima que determina la puesta en marcha del servicio no elimina el requisito de la falta, por lo menos lo conduce al de la falta simple (77). Entre nosotros, el problema de la conducta de la víctima se resuelve en el plano del nexo causal, lo que facilita la valoración causal de cada comportamiento y otorga el apropiado campo de juego al principio de proporcionalidad puesto que, cualesquiera que sean el medio empleado y la conducta de la víctima, si la actuación policial es desproporcionada la responsabilidad va a surgir aunque sus efectos pecuniarios se morigeren en virtud de la incidencia que sobre la pura causalidad el comportamiento del lesionado pueda originar.

Como punto de partida, y así lo ha señalado certeramente J. L. CARRO, no cabe sostener que la conducta de la víctima constituya causa de exoneración de la responsabilidad administrativa si la reacción policial es ilegítima por desproporcionada. Algo de esto se ha mencionado ya en este lugar. En caso de que la actuación de las fuerzas de seguridad sea conforme a derecho, el problema se desplaza hacia el concepto de lesión: si la víctima, dice CARRO, es un tercero, el daño será antijurídico y procederá el resarcimiento; si lo es quien con su comportamiento ilícito ha puesto en marcha el dispositivo policial, la lesión no será antijurídica ni, en consecuencia, indemnizable, siempre que las fuerzas de seguridad hayan actuado legítimamente (78) o, como diríamos hoy a la vista del art. 5 LOFCS, con sujeción a los principios de oportunidad, proporcionalidad y congruencia.

Así expuesto, el criterio me parece bastante razonable en abstracto porque conjuga adecuadamente tanto la naturaleza del comportamiento de la víctima como la legitimidad de la actuación policial. Pero es preciso dejar un amplio margen a la prueba y no admitir, sin más, que la calificación de la conducta del lesionado es la que viene dada por la percepción de las fuerzas de seguridad porque éstas han podido cometer un error o excederse

(77) Asuntos DAME AUBERGE ET DUMONT, de 27 de julio de 1951; el ya citado EPOUX MARCHON, de 29 de noviembre de 1963; y BERRANDOU, de 13 de octubre de 1982. Referencias en R. CHAPUS: *op. cit.*, 975; para BERRANDOU, también J. MORANGE: *op. cit.*, 79.

(78) J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: *op. cit.*, 1203 sigs.

en su celo profesional. Lo normal será que en muchos casos la acción de responsabilidad sea subsiguiente a un pronunciamiento jurisdiccional penal, por lo que, haya o no condena en éste, lo importante será lo declarado probado en él en lo referente a la conducta de la víctima. Y si nada se dice en vía penal, la ilicitud de la conducta de la víctima debe de probarse y el tribunal de lo contencioso debe llegar al convencimiento de que la misma se ha producido, con las consecuencias que procedan a la hora de exonerar o de repartir el monto indemnizatorio (79). Partiendo de aquí, ¿cómo se enfrenta al problema nuestra reciente jurisprudencia?

En las sentencias analizadas no faltan aseveraciones como la siguiente: «la jurisprudencia ha venido ponderando como lógico motivo de exclusión de la misma [se refiere a la obligación de indemnizar] el consistente en que la conducta del afectado haya roto el nexo causal, de modo que la interferencia de la misma impida predicar que realmente el efecto lesivo tenga su origen en la propia actuación administrativa» (Sentencia de 23 de enero de 1989, Azdi. 350); o, según indica la Sentencia de 12 de junio de 1990 (Azdi. 4703), la obligación de indemnizar «desaparece cuando como consecuencia de una actividad ilícita de los particulares se origina la necesidad de desplegar un servicio que en otro caso no se habría prestado. En estas circunstancias, no es correcto que la comunidad tenga que sufrir las consecuencias dañosas del funcionamiento del servicio, en tanto en cuanto que el mismo ha sido motivado por una conducta contraria a las normas por las que se rige» (80). Se trata de afirmaciones que preocupan si de las mismas se puede inferir, sin más, la exoneración de la responsabilidad sin tener en cuenta otros criterios; es preciso, dicho sea claramente, tener en cuenta también a la proporcionalidad.

(79) La exigencia de la prueba del comportamiento ilícito de la víctima es consustancial con la naturaleza que en nuestro ordenamiento jurídico tienen actualmente los informes policiales dado que no son suficientes, por sí mismos, para establecer la verdad de lo que en ellos se afirma. En este punto es preciso considerar que la carga de la prueba corresponde a la Administración y que ha de llevarse al convencimiento del tribunal que la conducta de la víctima incurrió en la ilicitud alegada por las fuerzas de seguridad. Y es que con independencia de cómo incida ésta sobre el nexo causal, hace falta aplicar en este punto los criterios ya decantados en otros ámbitos sobre el valor de los informes policiales o, en general, de los agentes de la autoridad. Me remito ahora a la bibliografía y la jurisprudencia que se recogen sobre el particular en J. BARCELONA LLOP: «Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos», en el volumen *Seguridad ciudadana*, Madrid, Trotta, 1993, 161 sigs.

(80) En la STS de 23 de enero de 1989 se trataba del enfrentamiento de un joven, que portaba una escopeta de cañones recortados, con dos miembros de la Guardia Civil uno de los cuales disparó contra aquel causándole la muerte tras, según parece, haber hecho uso el fallecido del arma que portaba. En la STS de 12 de junio de 1990 la muerte de la víctima se produjo cuando los agentes de policía dispararon desde el suelo contra el vehículo que les había derribado e incluso, dice el TS, intentado atropellarles.

Así, la segunda de las Sentencias citadas, la de 12 de junio de 1990, y tras las palabras que se han transcrito, despacha el asunto del modo que sigue:

«En el presente caso, la actuación policial no ha excedido de los medios normales para conseguir la detención de un presunto delincuente, y es la actividad de éste último, al actuar violentamente contra los funcionarios de la Policía e intentar incluso atropellarlos con el vehículo que conducía, derribándolos al suelo, desde donde dispararon contra el vehículo, lo que rompe el nexo causal convirtiéndose en causa única de las lesiones que se le infirieron y que causaron su muerte».

Es verdad que con los escasos datos que aporta la Sentencia no se puede saber mucho, pero también lo es que en ningún momento se hace cuestión de la licitud de la actuación policial, de su proporcionalidad, en suma, que es algo que, como he indicado, hay que tener necesariamente en cuenta antes de pronunciarse en favor de la exoneración; especialmente cuando las fuerzas de seguridad hacen uso de sus armas de fuego (81).

En un sentido similar a la anterior —esto es, considerando que el comportamiento ilícito de la víctima rompe sin más el nexo causal—, la Sentencia de 24 de abril de 1987 (Azdi. 4755) alude a la doctrina de la causalidad exclusiva y estima que el «daño o lesión sufrido por el reclamante debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto». Y con estos mimbres, el TS se enfrenta al siguiente supuesto de hecho: la persecución policial de un vehículo ocupado por tres personas que, ignorando el respeto a las señales semafóricas en rojo, no obedecieron después las indicaciones de la policía, cuyo automóvil, dotado de sirena y de sistema óptico de destellos luminosos, fue perfectamente visto por los implicados pues, en algún momento, llegó incluso a ponerse por delante del perseguido. Resultando infructuoso el seguimiento, las fuerzas de seguridad dispararon a una de las ruedas traseras del vehículo, desviándose el proyectil y alcanzando al recurrente en una pierna, permaneciendo ocho meses impedido para el trabajo. De tal supuesto fáctico el TS deduce que

«ha sido, pues, la conducta del actor y sus acompañantes la que ha determinado la acción de la policía, el que ésta se viera obligada a disparar, con la intención de paralizar el vehículo y el que el disparo no pudiera efectuarse con la debida precisión, desviándose de la rueda trasera, para alcanzar una pierna del recurrente».

(81) Consecuentemente con los pronunciamientos transcritos, la STS de 12 de junio de 1990 termina afirmando que «no se han desvirtuado las conclusiones de normalidad en el funcionamiento del servicio expresadas tanto por la Administración como por la jurisdicción penal y que, consecuentemente, procede desestimar el recurso».

No pretendo abordar el problema de si la acción policial fue o no legítima, pero quiero de nuevo destacar la ausencia de toda mención a la proporcionalidad; ¿fue realmente necesario el empleo de las armas de fuego?, ¿no pudieron haberse utilizado otros medios menos lesivos para conseguir la detención de los ocupantes del vehículo? El TS no se plantea ninguna de estas preguntas y, en consecuencia, la solución es insatisfactoria desde el punto de vista del razonamiento que debe presidir cualquier discurso jurisprudencial sobre esta materia, con independencia de la solución dada al caso concreto (82).

En el polo opuesto a las anteriores se encuentra la Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (Azdi. 1545, de 1986) por la que se condena a la Administración a indemnizar a quien sufrió heridas en el curso de la disolución por la Guardia Civil de una manifestación ilegal. Es verdad que el TS considera que el simple aserto de que el recurrente participaba en la manifestación no es suficiente para estimar acreditado que así fuera, pero, continúa la Sentencia, «aunque se entendiera lo contrario, es decir que el actor intervenía en la manifestación ilegal, la mera ilicitud de su participación no sería bastante para romper el repetido nexo causal» (83). De nuevo, aunque ahora con un signo contrario, en el argumento del TS los matices brillan por su ausencia; no se valora la conducta de la víctima ni tampoco el grado de legitimidad de la actuación policial. No se tienen en cuenta los criterios imprescindibles para la obtención de un fallo ponderado y razonable.

No obstante, no escasean los fallos que valoran de una forma u otra tanto el grado de ilegitimidad del comportamiento de la víctima como el de la acción policial lesiva, llegando a resultados diversos en función de la entidad causal de uno u otro, y sin que ahora importen otra cosa que los razonamientos, no las concretas soluciones.

Así, y aun aceptando la exoneración de la Administración a conse-

(82) Tiene mucha razón A. BLASCO ESTEVE (*op. cit.*, 103) cuando, en relación con la aplicación de la doctrina de la causalidad exclusiva, dice que «lo que resulta criticable, pues, son ciertos dogmas y cierto modo de razonar, y no ya la solución al caso concreto». En efecto, es posible que la conducta de la víctima, en los asuntos que estamos viendo, fuera más que suficiente para romper por completo el nexo causal; eso es algo que el lector de un repertorio de jurisprudencia no está normalmente en condiciones de averiguar. Pero nada de ello empece a que el TS deba de plantearse si, reconocida la entidad causal del comportamiento de la víctima, las fuerzas de seguridad actuaron proporcionadamente. Es, en definitiva, el modo de razonar lo que importa y, aunque la actitud del lesionado deba tenerse en cuenta ineludiblemente, hay que valorar, también si las fuerzas de seguridad se condujeron con arreglo a los parámetros normativos que rigen su actuación, sea cual sea la respuesta que, luego, se de a cada caso concreto.

(83) Los hechos ocurrieron en la localidad vizcaína de Santurce el 8 de marzo de 1976 —la cronología ayuda a comprender la mención a la manifestación ilegal— y la indemnización ascendió a 400.000 pesetas.

cuencia de la conducta de la víctima, la ya mencionada STS de 23 de enero de 1989 (Azdi. 350), examina con cierto detenimiento el desarrollo de los hechos que dieron lugar a la muerte del hijo del actor, considerando el TS que

«no puede apreciarse conducta desproporcionada o anormal alguna por parte del agente del orden público ya que en ella no puede apreciarse nada que no fuese respuesta adecuada a la desplegada por el joven fallecido, lo que obliga a desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el proceso».

Es decir, como la acción policial fue proporcionada a la conducta ilícita de la víctima, se produce la ruptura del nexo causal y en consecuencia no surge el deber de resarcir. Claro está que la apreciación del TS pudo ser errónea, pero por lo menos, con acierto o no, se entra a analizar el grado de proporcionalidad de la respuesta policial.

El mismo juicio que la anterior merece la STS de 14 de junio de 1989 (Azdi. 4384) en la que, no obstante manifestaciones iniciales apegadas al más estricto entendimiento de la causalidad exclusiva (84), se matiza acto seguido y se da entrada a la idea de proporcionalidad. Proporcionalidad que el TS encuentra en la respuesta policial a pesar de informaciones periodísticas y de declaraciones de testigos en sentido contrario, no considerando el Tribunal que unas y otras puedan enervar la conclusión sobre lo proporcionado de la acción de las fuerzas de seguridad dada «la postura ideológica de los dos periódicos» (se trataba de los diarios *Deia* y *Egin*) y la propia intervención de los testigos en la manifestación no autorizada en cuya disolución se produjeron los daños. Al margen de la solución del caso concreto, parece que el argumento es plausible en términos estructurales, coligiéndose de él que si la desproporción hubiera sido apreciada por el TS la completa exoneración de la Administración no hubiera tenido lugar.

La idea de proporcionalidad está también presente en la STS de 14 de octubre de 1986 (Azdi. 6543) que resuelve la reclamación indemnizatoria por la muerte de quien viajaba en la parte posterior de una motocicleta cuyo conductor no atendió una orden de alto de la Guardia Civil. De ahí deduce el TS que

«de una parte el servicio de vigilancia de carreteras funcionó anormalmente, no ya sólo por la posible desproporción entre el hecho de no atender la or-

(84) Dado que se dice que el deber de indemnizar «desaparece cuando como consecuencia de una actividad ilícita de los particulares se origina la necesidad de desplegar un servicio que en otro caso no se habría prestado. En estas circunstancias, no es correcto que la comunidad tenga que sufrir las consecuencias dañosas del funcionamiento del servicio, en tanto en cuanto que el mismo ha sido motivado por una conducta contraria a las normas por las que aquella se rige». Se trataba de los daños sufridos por un participante en una manifestación no autorizada a consecuencia del impacto en el ojo izquierdo de un bote de humo.

den de 'alto' y la reacción de la fuerza actuante, sino también por la patente ineptitud del agente que queriendo disparar a la rueda trasera hiere de muerte a quien viajaba en el asiento posterior; y, de otra, que el fallecido que no conducía la moto, sino que era llevado en ella por el conductor, de ningún modo pudo realizar ni realizó acto alguno que permita romper el nexo causal entre los disparos de la fuerza actuante y el resultado dañoso de éstos».

Patente ineptitud del agente. Está muy bien que el TS haga notar este detalle. Nunca hay que dejar de insistir en que si los miembros de las fuerzas de seguridad disponen de armas de fuego han de estar en condiciones de utilizarlas adecuadamente. El error humano siempre es posible, sobre todo a la vista de las circunstancias fácticas en que frecuentemente se desenvuelve el trabajo policial, pero es indudable que hace falta extremar la formación de los funcionarios en este punto. Ineptitud que, a la postre, revierte en un funcionamiento anormal, amén de posiblemente, dice el TS, desproporcionado. Ahora bien, la Sentencia deja en el aire una pregunta que inquieta un poco: ¿cuál hubiera sido el fallo si el muerto hubiera sido el conductor de la motocicleta?, ¿se hubiera roto entonces el nexo causal?. Indudablemente, en caso de que el fallecido hubiera sido el conductor, el funcionamiento del servicio seguiría siendo anormal, la ineptitud del agente seguiría existiendo y la falta de proporcionalidad también; pero no se sabe qué hubiera fallado el TS en tal caso.

Bastante más claras son las Sentencias de 4 de febrero de 1985 (Azdi. 986) y de 28 de enero de 1986 (Azdi. 69), recogiendo en la primera los siguientes argumentos de la Sentencia apelada:

«No basta un arranque ilícito de la conducta para liberar de antijuridicidad el resultado dañoso, sino que es preciso que aquella, en continuada ilicitud, afecte al propio funcionamiento, se interfiera en el mismo y provoque como consecuencia natural una situación que, en este caso y sólo en éste caso, tendría la obligación moral y jurídica de soportar el que la determina, y haciendo aplicación de esta doctrina al hecho enjuiciado se obtiene que la sustracción anterior de un vehículo y la huída ante la fuerza pública para no ser identificados no es causa directa que se introduzca en el hecho de disparar la Guardia Civil si bien con funcionamiento del servicio público, ni hay proporción entre el resultado producido, la muerte de una persona, y la conducta de ésta aunque venga viciada por un origen antijurídico».

En la Sentencia de 28 de enero de 1986 se trata de nuevo de un resultado de muerte a consecuencia de los disparos de la policía ante la desobediencia de los ocupantes de un vehículo a la orden de alto. Y también en este caso el TS acepta los argumentos de la Sentencia apelada, que son los siguientes:

«No puede, sin embargo, admitirse, como la Administración pretende, que la causa de la acción dañosa resultase así imputable a la conducta cul-

pable del lesionado, puesto que, en primer lugar, nada aparece probado acerca de que el mismo hubiese efectuado acto alguno contrario a la Ley, y en tal aspecto su huída tampoco consta que estuviera determinada por el alto de los policías a quienes pudo no identificar confundiendo su actuación con la de otro tipo de personas. Pero, además y sobre todo porque, aunque subjetivamente los policías pudieran entender necesario el hacer fuego para impedir la huída de un vehículo al que habían intentado detener, es ya doctrina jurisprudencial la de que no basta con esa mera actitud de huída para configurar una acción ilegítima de la víctima con entidad suficiente como para justificar el uso de las armas y romper el nexo de causalidad entre la acción de los agentes y el resultado de los disparos, trocando los actos de huída en causa de su muerte».

Y con absoluta precisión apostilla el TS en la Sentencia de 28 de enero de 1986:

«Aunque se estimase probado que los inspectores de policía intervinientes en el suceso de autos realizaron correctamente todos los actos necesarios para identificarse como tales inspectores ante el fallecido y que éste emprendió la huída en el vehículo que conducía plenamente conocedor de dicha condición de agentes de la autoridad con el propósito de eludir el control policial y no por temor a que los individuos que intentaban pararlo fuesen delincuentes o terroristas, no se podría a pesar de ello estimar producida la ruptura de la relación de causalidad entre su muerte y el funcionamiento del servicio de seguridad pública que realizaban dichos inspectores y ello porque la huída de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla».

Creo que poco hay que añadir a esta correcta doctrina jurisprudencial. Quizá, tan sólo, pueda indicarse que en caso de que se hubiera acreditado que la víctima realmente huía de la policía, lo que de entrada presupone que los agentes se habían identificado suficiente y correctamente, la Sala debía de, estimando la responsabilidad por falta de proporcionalidad, haber ponderado las culpas graduando en consecuencia el monto indemnizatorio.

Esta última solución, la de la graduación de la cantidad con que se condena a la Administración a indemnizar si la conducta de la víctima no rompe el nexo causal pero lo interfiere de algún modo, es la más razonable habida cuenta de que, en realidad, cuando dicha interferencia ocurre estamos ante una verdadera concurrencia causal determinante de la producción del daño, por lo que algún reflejo tiene que tener sobre la cifra indemnizatoria (85). Es en este sentido muy significativa la Sentencia de 29 de mayo de 1991 (Azdi. 3901), que resuelve la demanda de indemnización solicitada por los tres hijos de un matrimonio fallecido a causa de los disparos de la

(85) En este sentido, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 700-701; A. NIETO: *op. ult. cit.*, 431-432.

policía. El TS aplica de nuevo la doctrina de la falta de proporcionalidad dado que, dice, la huída motivada porque las víctimas llevaban en el coche género de contrabando no es motivo suficiente para el empleo de las armas de fuego, debiendo imputarse a los disparos la causa directa del resultado producido. Sin embargo, y muy razonablemente, considera el TS que son de tener presentes las circunstancias en que los disparos se produjeron; dice así la Sentencia citada:

«La existencia de un control policial con las debidas señalizaciones que obedecieron otros vehículos que circulaban con el que se dio a la fuga desatendiendo las indicaciones y requerimientos que se le hicieron; los disparos previos de advertencia, la contumacia de huir emprendiendo marcha atrás y la creencia fundada de que los viajeros fueran componentes de banda terrorista, son circunstancias que si bien no son jurídicamente relevantes para derivar de ellas una interrupción, como elemento ajeno a la actuación policial, de la relación de causalidad que excluya y exonere a la Administración de responsabilidad, sí tienen trascendencia para la fijación del quantum indemnizatorio, por interferirse en la relación de causalidad, lo que permite ponderar la evaluación de los daños producidos de manera que no sean enteramente imputables a la Administración; esto es, la conducta de los perjudicados y las circunstancias que le rodean no eliminan la producción del daño y no sería justo que ello fuera así en un reparto de bienes y males en que consiste la Justicia, pero tampoco puede ser ignorada, con la consecuencia de hacer recaer en la Administración la totalidad del daño producido, por lo que de causa concurrente tiene en la producción del resultado lesivo, lo que determina el reparto proporcional del deber de resarcimiento; esto nos es permitido hacer al amparo del artículo 1103 del Código Civil, con los datos de que disponemos, moderando así la responsabilidad, porque también es razonable concluir que el resultado lesivo no se produjo a los vehículos que atendieron a la indicación del control policial y sólo se ocasionaron a quienes huyeron, de manera tal que de no haberse conducido en la forma en que se condujeron, también es razonable concluir que no hubieran sufrido más daños que el derivado de portar tabaco de contrabando, ilícita actuación de la que quisieron evadirse con la huída que emprendieron sin conseguirlo; se impone así una distribución en la carga indemnizatoria en cuanto a las cantidades que la Sentencia apelada acuerda conceder y distribuir, disminuyéndolas en un 25% en cada una de ellas».

Concurrencia de causas y disminución proporcional de las cantidades que debe abonar la Administración. Se sigue la regla del art. 1103 CC ("la responsabilidad que proceda por negligencia... podrá moderarse según los casos") y un criterio jurisprudencial consolidado que encuentra sus primeras manifestaciones a finales de la década de los sesenta y que, como fácilmente se comprende, en materia de daños policiales está llamado a conocer frecuentes aplicaciones. No obstante, hay que señalar que de todas las Sentencias estudiadas es sólo la de 29 de mayo de 1991 la que opta por esta solución. ¿Cuál es el motivo?; a mi juicio, el siguiente: en no pocas ocasio-

nes el Tribunal sentenciador no llega al convencimiento de que la víctima cometiera una conducta ilícita susceptible de interferir el nexo causal y, en su caso, determinar la compensación. Y es que, se ha indicado ya, no basta con que las fuerzas de seguridad afirmen que el lesionado se condujo de forma antijurídica, hace falta acreditarlo correctamente, hace falta probarlo. De no hacerse así, la jurisprudencia rechaza la ruptura o interferencia del nexo causal y, con ella, sus consecuencias en el reparto indemnizatorio. En este sentido, las Sentencias de 23 de mayo y 13 de junio de 1984 (Azdi. 4370 y 4374) y de 18 de marzo y 17 de julio de 1985 (Azdi. 2635 y 3920) (86).

VI. DEDICACIÓN PROFESIONAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. DAÑOS CAUSADOS POR FUNCIONARIOS DE POLICÍA FUERA DE SERVICIO

1) *Aproximación a la situación de dedicación profesional o servicio permanente. Su posible incidencia en la permisividad de la porta de armas fuera del servicio ordinario*

Es bien sabido que, por utilizar palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, la situación iusadministrativa del sujeto es el presupuesto de la imputación, que la organización administrativa es el título de imputación básico de la lesión antijurídica a la Administración. De ahí que, dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «si el daño que se intenta reparar surge de la conducta de una persona física, todo el problema se reduce a constatar la integración del agente en la organización prestadora del servicio o actividad» (87). En materia de policía de seguridad, en la que la lesión se produce normalmente por obra de una concreta e identificable persona física, este fenómeno de la imputación reviste características muy singulares porque, según dispone el art. 5.4 LOFCS, bajo la rúbrica de dedicación profesional, los funcionarios de policía deberán intervenir siempre, se hallen o no de servicio, en cualquier tiempo y lugar, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana. Lo que no quiere decir que estén permanentemente de servicio, como ha dicho con razón la STC 234/1991, de 10 de diciembre (RUBIO LLORENTE), sino que aunque estén

(86) Las dos primeras Sentencias acuden expresamente a la presunción de inocencia, y aunque las dos segundas no lo hacen, el resultado es el mismo: debe acreditarse suficientemente la conducta de la víctima para entender roto o interferido el nexo causal y, en consecuencia, moderar la indemnización. Por lo que hace a la cuantía de ésta, sumando las fijadas en las cuatro Sentencias y dejando aparte el tema de los intereses, asciende a 24.300.000 pesetas.

(87) E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso*, vol. II, cit., 380-381.

francos de él surge el deber legal de actuar en el cumplimiento de las misiones que tienen asignadas.

La jurisprudencia penal del TS se ha preocupado repetidas veces por definir qué se entiende por ese llamado, hasta la LOFCS, servicio permanente —situación que, por cierto, estaba ya contemplada en cierto modo en el RD de 30 de enero de 1844, una de las piezas normativas fundacionales del moderno sistema policial español (88)— y resulta de interés a nuestros efectos que nos detengamos por un momento en la cuestión antes de abordar el tema que realmente importa aquí: el de la incidencia del servicio permanente o dedicación profesional sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, servicio permanente que, quizá no sin razón, ha sido calificado en algún caso de ficción legal (STS de 16 de mayo de 1992, Azdi. 4324).

Es la Sentencia de 11 de junio de 1981 (Azdi. 2645) una de las pioneras, en lo que a mí me consta, en aproximarse a la situación de servicio permanente que, dice, «ha de entenderse larvado, latente, expectante y en suma inexistente, en tanto en cuanto una situación conflictiva de las previstas en la ya calendada Ley [55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía] no le obligue a intervenir (...) y es en ese y a partir de ese momento cuando están [los funcionarios de policía] en situación de servicio real y efectivo». En la Sentencia de 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955), el TS consideró que «el gravamen de considerarse siempre en servicio permanente (...) lo es sólo en la doble faceta de intervenir como si se encontrara de servicio ordinario, pero de hacerlo únicamente en relación con las misiones» que el ordenamiento encomienda a las fuerzas de seguridad. En el caso, el TS no apreció la situación de servicio permanente dado que el procesado «se ausentó del Cuartel [de la Guardia Civil] en que se encontraba, sin permiso de sus mandos y sin causa ni motivo legal que lo justificase, y cometió el delito [de homicidio en grado de frustración] por el que se le condena después de abandonar el servicio, en un acto de enfrentamiento con otro ciudadano por cuestiones relativas al acompañamiento de una mujer».

La doctrina jurisprudencial expuesta se ha ido afianzando posteriormente. Así, no cabe alegar la situación de servicio permanente en el caso de un delito de homicidio y otro de amenazas cometidos por un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado que se encontraba en un establecimiento de «barra americana». El funcionario consideró que la actitud del dueño

(88) Decía el art. 10 de dicho Real Decreto que «los comisarios no deben olvidar ni un sólo momento que su encargo es exclusivamente protector de las personas y propiedades, y en consecuencia han de estar siempre dispuestos a prestar en cualquier hora del día y de la noche el auxilio de su autoridad a todo vecino que con justo motivo reclame su protección». Vid. J. BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico*, 63.

del bar y de una de las camareras constituían desprecio hacia su condición de policía, perpetrando seguidamente los delitos por los que fue procesado; el TS fue, en este caso, especialmente puntilloso: la conclusión de que el policía no actuó cubierto por la situación de servicio permanente no se vio enervada por el hecho de que éste solicitara su licencia a un vendedor ambulante que penetró en el establecimiento (Sentencia de 18 de enero de 1984, Azdi. 34). El servicio permanente tampoco sirve para amparar la conducta de un funcionario de policía que, de paisano, paseaba por un barrio de Bilbao, caracterizado por ser foco de frecuente criminalidad; en el curso de su periplo, se enfrentó con dos mujeres, insultando a una y zaran-deando a la otra, pretendiendo llevarlas consigo a la Comisaría. A consecuencia de ello, y comoquiera que se organizó un barullo callejero y que varias personas comenzaran a insultar y a amenazar al agente, éste, haciendo caso omiso de la desautorización del capitán que le acompañaba, efectuó un disparo al aire y emprendió la huida, abriendo fuego repetidas veces con el luctuoso resultado de una muerte y cuatro personas heridas (Sentencia de 11 de diciembre de 1984, Azdi. 6263). Tampoco cabe alegar el servicio permanente cuando el agente, franco del ordinario, dispara inesperadamente, desde la distancia de un metro y con un arma no reglamentaria, contra un grupo de personas reunidas conversando en la vía pública, ocasionando a una de ellas lesiones que le produjeron gran invalidez (Sentencia de 28 de mayo de 1985, Azdi. 2550). Sí que procede apreciarlo, en cambio, cuando el funcionario de policía «actuó no como un particular, sino en el ejercicio de sus funciones, como miembro del Cuerpo Superior de Policía, al intuir subjetivamente, aunque se equivocase en tal apreciación y posteriormente se excediese en el cumplimiento de su obligación, de la posible comisión del delito que intentaba, desde su óptica errónea, garantizar la seguridad ciudadana, aunque en aquel supuesto ésta no estuviese amenazada, es decir, no intervino a título particular, sino en el ejercicio de sus funciones» (Sentencia de 2 de febrero de 1988, Azdi. 842).

El criterio de la jurisprudencia de la Sala 2.^a es, pues, bastante claro: sólo cabe apreciar la operatividad de la situación de servicio permanente cuando el policía, franco del ordinario, actúa en cumplimiento de las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad en virtud de su obligación legal de intervenir en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la ley y en garantía de la seguridad ciudadana. Cuando tal ocurre, el agente actúa como si estuviera de servicio ordinario, con una fundamental consecuencia: la eventual antijuridicidad de su conducta podrá quedar excluida por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber y, desde el punto de vista patrimonial, la responsabilidad se desplaza hacia la Administración en virtud de los criterios generales aplicables en la materia. De donde se deduce que la imputación de daño al funcionamiento del servicio no queda reducida a los casos en los que el agente de policía

cumple con su servicio ordinario, sino que se extiende también a aquellos otros en los que, estando fuera de servicio, tiene la obligación legal de intervenir.

Así centrada la cuestión, conviene ahora parar mientes en lo siguiente: dada la situación de servicio permanente, ¿pueden y deben los funcionarios de policía portar armas cuando están francos del servicio ordinario? En relación con el Cuerpo Nacional de Policía, del art. 7.15 del RD 884/1989, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo, se deduce que sus miembros pueden portar el arma reglamentaria fuera de servicio, dado que se tipifica su utilización, en acto de servicio o fuera de él, infringiendo las normas establecidas. Lo mismo ocurre en relación con la Guardia Civil, puesto que según el art. 8.6 de la LO 11/1991, de 17 de junio, reguladora de su régimen disciplinario, es falta grave el uso de las armas «en acto de servicio o fuera de él con infracción de las normas que regulan su empleo». Hay, pues, en relación con los cuerpos estatales de policía un criterio proclive a la aceptación de que porten armas fuera de servicio; si no fuera así, la tipificación como falta disciplinaria del uso indebido de las mismas al margen del servicio ordinario no se entendería, o no se entendería su tipificación al lado del mismo uso indebido en actos de servicio. Y quizá deba tenerse en cuenta que, según se desprende del Reglamento de Armas de 24 de julio de 1981 (art. 110), los miembros de los cuerpos estatales de policía pueden disponer de más armas cortas que la reglamentaria (89).

En relación con las policías autonómicas y locales, la normativa estatal regula la concesión de licencias de armas, así como las medidas de seguridad de las que hayan de utilizar los miembros de aquellas (RD 768/1981, de 10 de abril), pudiendo éstos disponer, además del arma corta reglamentaria que les sea facilitada, de otra arma corta en los casos especiales que determinen las autoridades competentes (art. 2RD 740/1983, de 30 de marzo). Y en relación con la posible porta de armas reglamentarias fuera del servicio ordinario, el art. 6 RD 768/1981 determina que los funcionarios de las policías autonómicas y locales deberán depositarlas, siempre que sea posible, en los locales especialmente habilitados para ello al finalizar el servicio normal y siempre que por cualquier otra circunstancia estén fuera de servicio. Es decir, es factible que estos policías porten el arma reglamentaria al margen del servicio y, en todo caso, que lleven encima la segunda arma de estar autorizados para poseerla.

(89) En fase de corrección de pruebas puedo señalar que, en virtud del nuevo Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993 (8BOE de 5 de marzo) se mantiene el criterio indicado, ampliándolo a los cuerpos autonómicos y locales. Téngase en cuenta esta nueva normativa, en cuyos pormenores no entro por no ser necesario a los efectos aquí pretendidos.

Eso por lo que hace a la normativa estatal; pero en la autonómica aparecen también algunas regulaciones de interés. Así, el los arts. 53. q) y 54. m) de la Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía Navarra, se tipifica como falta grave o muy grave la utilización de las armas reglamentarias fuera de los actos de servicio o con infracción de las normas que regulan su uso, dependiendo la calificación de la conducta de no se produzcan daños materiales o personales (falta grave) y de que se produzcan o se cause notoria alarma pública (falta muy grave). Y cuando el legislador habla de actos de servicio, ¿está incluyendo también aquellos que puedan realizarse en virtud de la situación de dedicación profesional? Porque si la respuesta es negativa habrá que entender que los miembros de la Policía Navarra no pueden portar armas fuera del servicio.

Algo más clara parece, en principio, la Ley Vasca, ya citada, de 17 de julio de 1992, cuyo artículo 92. h) tipifica como infracción muy grave el uso del arma reglamentaria fuera de servicio, salvo en los casos previstos en el art. 34 de la misma Ley que es donde, precisamente, se establecen los criterios rectores del uso de las armas de fuego por la Ertzaintza. De donde se deduce que la infracción se comete sólo cuando el arma se emplea fuera de servicio al margen de los supuestos en que su utilización procede (90), por lo que, en realidad, no se entiende muy bien por qué se alude al hecho de estar fuera de servicio dado que, se esté o no en él, si el arma se utiliza sin sujeción a lo que la ley prevé la falta se comete. Todo da a entender que el legislador vasco quiso limitar el uso de las armas, por lo menos el de las reglamentarias, fuera del servicio pero al permitirlo en las mismas hipótesis en que lo permite dentro del servicio, las cosas quedan como estaban.

En conclusión, pues; los funcionarios de policía pueden portar armas fuera de servicio. El Estado considera que no es oportuna una solución contraria, consideración a la que no es ajena la situación de servicio permanente o dedicación profesional y que ha tenido alguna repercusión de importancia en el plano de la responsabilidad porque, como se verá, de aquella consideración se ha extraído por el TS la siguiente consecuencia: también las Administraciones públicas deberán responder por los daños causados por un funcionario de policía que emplea su arma de fuego aun

(90) Dice el art. 44.2 de la Ley de la Policía Vasca que los miembros de la misma «no deberán utilizar las armas salvo que exista un riesgo racionalmente grave para su vida o integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias en que concurra un grave riesgo para la seguridad ciudadana, y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior [adecuación, necesidad y proporcionalidad]. El uso de armas de fuego se considerará como medida extrema, no debiendo emplearse salvo que se les ofrezca resistencia armada o se ponga en peligro de algún otro modo su vida o la de terceras personas, y no pueda detenerse o reducirse al agresor mediante otro tipo de medidas».

cuando esté fuera de servicio y no actúe cubierto por la situación de servicio permanente o cumpliendo con el precepto de la LOFCS que habla de la dedicación profesional.

2) *Referencia al caso francés: de la falta personal a la ampliación del sistema de la responsabilidad administrativa*

En Francia existe una clara diferencia entre falta personal y falta de servicio, cuyo origen se encuentra en el asunto PELLETIER, del Tribunal de Conflictos, de 30 de julio de 1873, en el que se determinó que a los funcionarios sólo podía exigírseles responsabilidad personal ante el juez ordinario cuando la falta que hubieren cometido fuera ajena al servicio. Nace ahí la distinción entre los dos tipos de faltas distinción que E. LAFERRIERE acertó poco después a precisar en sus conclusiones al caso LAUMONNIER-CARRIOL, de 5 de mayo de 1877, en unos términos que han devenido célebres (91), y que determina que la competencia del juez administrativo procede sólo cuando la falta es del servicio.

La evolución posterior del sistema ha traído una cierta dulcificación de su inicial rigidez, llegándose a admitir una acumulación de responsabilidades, corriendo a cargo de la Administración el deber de indemnizar incluso sin falta del servicio aunque sin perjuicio de las acciones de repetición que le asisten contra el autor de la falta personal (92). En materia de daños policiales se aprecia claramente ese discurrir expansivo de la responsabilidad administrativa derivada de actuaciones que, en principio, parecen encajar mejor en la noción de falta personal. Existen, por supuesto, resoluciones que se basan en el criterio tradicional. Así, los móviles de venganza personal excluyen la responsabilidad administrativa (casos COCCOZ, de 28 de julio de 1951, POTHIER, de 12 de marzo de 1975), también lo hace el uso del arma reglamentaria por un funcionario fuera de servicio que mata a un ciudadano en el curso de una discusión privada (caso VEUVE LITZLER, de 23 de junio de 1951). Es más, incluso el Tribunal de Conflictos ha estimado la existencia sólo de falta personal en casos en los que hay funcionamiento del servicio pero el comportamiento del agente se caracteriza por

(91) «Si el acto lesivo es impersonal, dijo E. LAFERRIERE, si revela a un administrador, a un mandatario del Estado más o menos sujeto a error, y no al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, el acto es administrativo y no puede ser enjuiciado por los tribunales; si, al contrario, la personalidad del agente se revela a través de faltas de derecho común, de una vía de hecho, de un dolo, entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función». E. LAFERRIERE: *Traité*, cit., vol. I, 594.

(92) Vid. G. VEDEL: *op. cit.*, 227-228.

una especial o particular gravedad (asuntos DELAITRE y DAME BERNADAS, ambos de 9 de julio de 1953).

Sin embargo, se aprecian importantes fisuras en la jurisprudencia que, en este punto, en absoluto constituye un bloque monolítico. Así, el Consejo de Estado, en el asunto BERNARD, de 19 de octubre de 1954, aplicó la doctrina, ya decantada con anterioridad en otros ámbitos, de la ligazón de una falta personal con el servicio. En este caso se trataba de un policía que, encargado de mantener el orden con ocasión de una fiesta popular, encontrándose alterado y habiendo bebido más de la cuenta entró en un establecimiento, disparó su revólver e hirió a una persona que se encontraba en el interior de aquél. Se trató naturalmente, dice BRAIBANT, de una falta personal, pero el Consejo de Estado entendió que no estaba desprovista de toda ligazón con el servicio habida cuenta de que el funcionario se encontraba allí para cumplir con su misión de mantenimiento del orden (93). Levando este argumento mucho más lejos, en el interesante caso MINISTRE DE LA DEFENSE c/. EPOUX RASZEWSKI, de 18 de noviembre de 1988, el Consejo de Estado da un paso de enorme magnitud: si la circunstancia de la pertenencia al servicio policial es determinante de la posibilidad de la comisión de una falta personal fuera del servicio, la responsabilidad administrativa procede (94).

Pero ahí las cosas no acaban. Si en el asunto DAME BUFFEVANT, de 30 de enero de 1948, el Consejo de Estado no consideró imputable al servicio la muerte accidental ocasionada por el manejo imprudente de su arma por un funcionario fuera de aquél, en el caso SADOUDI, de 26 de octubre de 1973, la respuesta es, exactamente, la contraria. No podemos detenernos ahora en las interesantes conclusiones del Comisario del Gobierno BERNARD en el caso SADOUDI (95), baste con indicar que vienen

(93) G. BRAIBANT: *op. cit.*, 290.

(94) El supuesto de hecho del asunto EPOUX RASZEWSKI es especialmente llamativo. Se trataba de la reclamación por los daños derivados de un asesinato cometido por un miembro de la Gendarmería que, fuera de servicio, recogió a la víctima cuando hacía auto-stop. Lo singular del caso es que el autor del asesinato lo era, a su vez, de otras diversas actuaciones criminales que venían cometiéndose desde tiempo atrás en la zona y que las fuerzas de seguridad estaban investigando. La pertenencia del asesino a la Gendarmería le aseguraba la impunidad puesto que estaba al corriente de las investigaciones e, incluso, participaba en las mismas, de ahí que lo determinante en la decisión del Consejo de Estado fuera el hecho de la pertenencia del agente a la organización policial, pertenencia que le permitía seguir cometiendo impunemente hechos delictivos como el asesinato, fuera de servicio, de la hija de los recurrentes.

(95) Publicadas en RDPSP 1974, 936 sigs. Vid. también, en la misma Revista y año, el comentario de M. WALINE: «La responsabilité des personnes administratives à raison d'accidents survenus hors du service», 554 sigs., con transcripción íntegra de la decisión del Consejo de Estado. Repárese en que del precedente del que se va a separar el Consejo de Estado es

inspiradas por una idea ampliatoria de la responsabilidad administrativa aunque haya falta personal (96), idea que se refleja en el argumento siguiente: si el agente posee regularmente el arma fuera del servicio es porque existe una razón del servicio que lo justifica (97), lo que explica que en caso de daños causados por un agente público fuera del servicio pero con un instrumento que le ha suministrado el servicio, la ligazón entre el daño y el servicio sea suficiente para que la responsabilidad del servicio surja frente a la víctima.

No se trata, dice BERNARD, de aplicar la doctrina del riesgo dado que la misma debe quedar limitada a los actos del servicio propiamente dichos, pero de la solución del Consejo de Estado se desprende que hay algo de la doctrina del riesgo en la medida en que, junto a la obligación reglamentaria de conservar el arma fuera del servicio, se exige para que haya responsabilidad administrativa el requisito de la peligrosidad del medio productor de la lesión. De ahí que, comentando la sentencia SADOUDI, M. WALINE haya considerado que la misma evoca, si se lee entre líneas, una responsabilidad fundada en el riesgo (98). Sea como fuere, lo llamativo es

el asunto DAME BUFFEVANT, y no otros citados más atrás porque en éstos concurrían algunos elementos diferenciales: actitud dolosa del causante del daño, móviles de venganza personal, etc. Ahora, en cambio, se trata de una muerte ocasionada por un disparo accidental proveniente de un arma reglamentaria y encontrándose el agente lesivo fuera de servicio.

(96) Idea ampliatoria de la responsabilidad que estaba ya presente en las conclusiones del Comisario Leon BLUM al asunto EPOUX LEMMONIER, de 26 de julio de 1918 y a las que en el caso SADOUDI el Comisario BERNARD alude expresamente. «Si la falta personal, dijo entonces Leon BLUM, ha sido cometida en el servicio o con ocasión del servicio, si los medios o instrumentos de la falta han sido puestos a disposición del culpable por el servicio, si la víctima no está en presencia del culpable sino por efecto del servicio, si, en una palabra, el servicio ha condicionado la comisión de la falta (...) la falta quizá se puede separar del servicio (...) pero el servicio no se separa de la falta». Postula BERNARD que va siendo hora de llevar este criterio a sus últimas consecuencias, que ha llegado ya "l'occasion de franchir le dernier pas" habida cuenta de la propia evolución jurisprudencial relativa a la ampliación del concepto de falta de servicio. Cita BERNARD en este sentido, entre otros, el asunto MINISTRE DE L'INTERIEUR c/. DANA, de 16 de mayo de 1968, en el que se considera falta del servicio la conducta de un agente que, encontrándose fuera de él, dispara contra una persona en un bar. En el caso, la falta del servicio se apreció, parece ser, porque las autoridades policiales no habían adoptado las medidas de precaución necesarias ante el conocido comportamiento conflictivo del funcionario.

(97) En caso de que la posesión del arma fuera del servicio sea irregular tampoco quedaría excluida la responsabilidad administrativa. Dice BERNARD que no dejaría de verse en tal hipótesis el signo de una deficiencia en la organización o el funcionamiento del servicio suficiente para vincular a éste el daño producido. Como se aprecia, la voluntad ampliatoria de la garantía es patente.

(98) M. WALINE: *op. ult. cit.*, 556: «obligando a los funcionarios de policía a portar encima o a conservar en su casa, fuera de servicio, su arma, se crea, por el interés público (...) un riesgo de mal uso para terceros: riesgo de que el funcionario sea irritable (...), o simplemente poco hábil (como en este caso), o de que terceros, por ejemplo niños, manipulen el arma a es-

la ampliación de la responsabilidad administrativa con base no ya en la ligazón con el servicio, sino en las reglas de organización de éste. El criterio ha sido aplicado posteriormente en otras ocasiones en los que ha estado involucrada la policía. Así, en el asunto EPOUX BACHELIER, de 27 de diciembre de 1987, el Consejo de Estado declara la responsabilidad patrimonial de una corporación local en el caso de un funcionario de policía que, manipulando su arma fuera de servicio, mata involuntariamente al hijo de los recurrentes.

3) Soluciones contradictorias en la jurisprudencia contenciosa sobre responsabilidad de la administración y dedicación profesional. El tema de los daños causados por funcionarios fuera de servicio

Si, como he indicado más atrás, la actuación de un funcionario de policía en situación de servicio permanente comporta el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración de que se trate, parece que, en buena lógica, cuando tal situación no concurre y el policía está franco del servicio ordinario, dicha responsabilidad no ha de ser declarada. Es decir, si el funcionario actúa con total desconexión de lo que son los fines que a la organización en que se integra encomienda el ordenamiento, la responsabilidad de las Administraciones públicas no puede ni debe nacer porque, pura y simplemente, faltaría la imputación. En este sentido, y aunque elaborado a otro propósito, puede recordarse el argumento de la ya citada STC 234/1991, de 10 de diciembre, según la cual si la conducta de los funcionarios, como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración no puede ser objeto de la disciplina de ésta (99), por lo que, *mutatis mutandi*, también hay que admitir que si la actuación del policía se produce al margen de su función propia, como simple ciudadano, la responsabilidad patrimonial

del funcionario (por ejemplo, mientras éste duerme) y causen un grave accidente». Es verdad, dice WALINE, que el agente ha podido cometer una falta personal (por ejemplo, un delito de homicidio por imprudencia), pero la posibilidad de su comisión constituye un riesgo que ha sido creado por el poder público, que es quien debe asumir la garantía de la víctima.

(99) La STC 234/1991 es la primera, en lo que me consta, en perfilar los contornos, tan problemáticos, de la admisibilidad de la doble sanción por unos mismos hechos cuando media una relación de sujeción especial. Creo que de la Sentencia, que recae tras un recurso de amparo interpuesto precisamente por un funcionario de policía, se desprende que si el funcionario ha sido penalmente sancionado por un delito distinto de aquellos que sólo pueden cometer los funcionarios públicos podrá existir, también, sanción administrativa a la vista del diferente bien jurídico protegido por uno y otro acto punitivo; no así en los demás casos porque entonces el fundamento de las dos sanciones sería el mismo. Me remito ahora a lo que indico en «Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad», *DA*, 229, 1992, 159 sigs.

nial no ha de hacerse recaer sobre la Administración. Parece claro. Y, sin embargo, las respuestas jurisprudenciales son en este punto contradictorias, respuestas que atienden a dos problemas fundamentales: si el funcionario actúa en situación de servicio permanente y si son imputables a la Administración los daños que cause estando fuera de servicio y sin venir cubierto por aquella situación. Son, como se ve, temas distintos aunque en algún momento entren en conexión; y sobre todo en el segundo de ellos se encuentra una de las claves más importantes de la extensión que en nuestro ordenamiento conoce el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas. Clave que conduce inexorablemente a una pregunta que no corresponde responder ahora: ¿hasta dónde puede llegar la cobertura pública de los daños?, ¿hasta dónde puede llegar la atribución jurídica del deber de indemnizar al erario público?. Pero veamos el estado de la jurisprudencia.

La STS de 25 de abril de 1986 (Azdi. 2964) resuelve una demanda de indemnización por las lesiones producidas por arma de fuego reglamentaria a un paisano, encontrándose el causante, un miembro de la Guardia Civil, franco de servicio ordinario. Los hechos ocurrieron en un bar de Gernika, mostrando ambos implicados síntomas de embriaguez. La Administración opuso que se había tratado de una mera reyerta entre ciudadanos, por lo que los daños no eran imputables a ella, habiéndose pronunciado en el mismo sentido el Consejo de Estado. Otra, en cambio, fue la opinión del TS:

«El servicio falló en este caso, porque el agresor, como miembro de una Institución que impone a sus componentes un estado de servicio permanente, no puede ser considerado en ningún momento como 'un simple ciudadano', fallando el servicio porque previamente falló la disciplina, tan inherente a este Cuerpo, de carácter militar, dando lugar con ello a que este Guardia se permitiera recorrer el día de autos diversos bares de la localidad, a altas horas de la noche, hasta encontrarse en estado de embriaguez en el lugar de los hechos enjuiciados, lo que implica un alto riesgo para los demás, al estar en posesión de su arma reglamentaria».

En principio, la Sentencia se equivoca en un punto cardinal: la situación de servicio permanente no tiene el alcance que quiere darle el TS en este caso; no se está siempre de servicio permanente, simplemente se actualiza la situación cuando concurren las circunstancias determinadas por la norma. Y si tal no sucede, el funcionario de policía que comete un hecho delictivo, esté o no embriagado, actúa bajo la condición de un simple particular. Del mismo modo que lo hacen todos los demás profesionales. Sin embargo, la Sentencia no lo entiende así:

«El servicio funcionó un tanto irregularmente porque, quien debía contribuir, por su función, a asegurar el orden, se convirtió en un elemento perturbador del mismo, llegando al extremo de comportarse agresivamente, sin la menor justificación, produciendo lesiones tan graves como las que causó a su víctima. Concurren, pues, motivos más que suficientes para imputar el

daño sufrido por el agredido a la Administración del Estado, sin necesidad de entrar en disquisiciones subjetivas de culpabilidad, puesto que, como es sabido, la moderna responsabilidad civil se ha construido más bien en nociones objetivas y de riesgo».

Mucho aparece la palabra riesgo en esta Sentencia; riesgo que comporta la embriaguez de quien porta armas, riesgo en cuanto noción sobre la que se construye la moderna responsabilidad civil. Riesgo que, en mi opinión, no puede utilizarse como criterio de imputación porque no ha habido en el caso un funcionamiento normal del servicio; es más, ni siquiera ha habido funcionamiento del servicio porque el causante del daño actuó completamente al margen de él; se comportó como un simple particular. De donde deriva que la aplicación al caso de los principios de la responsabilidad patrimonial de la Administración no produce otra cosa que chirridos.

Me parece que en la Sentencia de 25 de abril de 1986, el TS se ha dejado llevar por un dato de capital importancia y que se debe valorar en sus justos términos pero que no se consideró adecuadamente en el caso. Me refiero al hecho, ya aludido, de la permisividad de la porta de armas fuera del servicio. Esta es una cuestión de la máxima relevancia pero que no se debe mezclar con el concepto de servicio permanente que es lo que, da la impresión, el TS hace en el caso. Si se quieren imputar a la Administración los daños derivados del uso de las armas por los agentes de policía fuera de servicio y actuando al margen por completo de él, hay que buscar otras explicaciones y no la del servicio permanente, porque esta noción tiene sus límites institucionales que no se pueden ensanchar. Luego volveremos sobre ello.

Junto a fallos como el comentado existen otros de signo contrario. Un primer exponente se encuentra en la Sentencia de 20 de mayo de 1986 (Azdi. 3264), dictada poco después de la 25 de abril del mismo año, que es la que se acaba de estudiar, que procede de la misma Sala del TS que ésta, la 4.ª, y que, en un supuesto parecido, falla de modo completamente distinto. En ella se resuelve la apelación interpuesta contra la Sentencia de la AN de 18 de octubre de 1983, desestimatoria de la reclamación por los daños ocasionados al actor por unos policías nacionales que, fuera de servicio, se encontraban en un bar de San Sebastián.

En su Sentencia, la AN comenzó por manifestar sus dudas en torno a la autoría de las lesiones, dudas que ya habían prendido anteriormente en el órgano jurisdiccional penal que decretó el sobreseimiento provisional de las diligencias por falta de autor conocido de las lesiones que luego darían lugar a la pretensión indemnizatoria. Pero es que además, dice la AN, aunque la duda sobre la identificación del autor o autores se inclinara en favor de la tesis actora, tampoco sería posible acoger su pretensión dado que bajo ningún concepto la conducta lesiva puede incardinarse en el funcionamien-

to del servicio de policía de seguridad. Argumento éste que hace suyo y desarrolla el TS:

«Habiéndose resuelto acertadamente, por la Sentencia apelada de la Audiencia Nacional, la cuestión promovida en este proceso en el que aparte no haberse probado por la prueba practicada a instancia del demandante la identidad de los agresores como policías nacionales, lo que sí resulta patente es la improcedencia de la reclamación de unas indemnizaciones por unas lesiones atribuibles a unos servidores del Orden Público por unas acciones cometidas sin relación alguna con el ejercicio de su función (...), ya que no se puede responsabilizar al Estado por lo que se haga u omita por un particular, o por quien esté revestido de autoridad o sea empleado público pero obre al margen de esa condición, y por ello sin relación alguna con el funcionamiento normal o anormal del servicio público».

Es cierto que sobre el caso planeaba el problema probatorio, pero del razonamiento del TS se infiere claramente que, aunque hubiera estado resuelto en el sentido propugnado por la parte actora, la solución hubiera sido la misma. Tan sólo quiero indicar que el TS habla de falta de nexo causal cuando en realidad lo que falta es, pura y simplemente, la imputación de los daños al funcionamiento del servicio.

Otra Sentencia representativa de esta línea jurisprudencial es la de 15 de mayo de 1990 (Azdi. 3817), resolutoria de la apelación elevada contra la Sentencia de la AT de Bilbao que declaró la responsabilidad del Estado por los daños causados por un policía nacional fuera de servicio en un bar de la capital vizcaína. En su Sentencia, y a la inversa de lo sostenido en la de instancia, el TS considera que «la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de sus servidores que no guarden relación con el servicio». En su apoyo, la Sentencia de 15 de mayo de 1990 cita la que acabamos de ver de 20 de mayo de 1986 y la de la Sala 2.^a de 30 de mayo de 1988 (Azdi. 4105), según la cual la situación de servicio permanente «no puede servir de base para un pronunciamiento que ponga la responsabilidad civil a cargo del Estado en aquellos casos en que el delito o falta cometidos por el Agente Público se hallen desconectados del servicio policial que le es propio, pues carece de toda justificación que actuando el agente de manera singularizada, sin propia conexión con aquellos deberes que la Ley le impone, se trate de acarrear al Estado la responsabilidad civil de segundo grado considerada en el artículo 22 del Código [Penal]».

Luego nos detendremos en este último precepto; ahora baste con señalar cómo estos dos fallos resultan más correctos que el estudiado en primer lugar si lo que se pretende es engarzar la responsabilidad administrativa a través de la noción de servicio permanente. Si es cierto que cuando el funcionario franco de servicio ordinario interviene en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana lo hace a todos los efectos como un agente de poli-

cía y, en consecuencia, la Administración competente es la que debe responder de forma directa y objetiva por los daños que cause, no lo es menos que si actúa como un particular la responsabilidad es puramente personal. Ahora bien, sobre esta conclusión, que es la más coherente con los fundamentos de la responsabilidad administrativa, planea una importante sombra: el policía fuera de servicio puede portar el arma de fuego reglamentaria porque así se considera conveniente en función de la índole del servicio que ha de prestar. ¿No ha de incidir esto de algún modo sobre la conclusión correcta apuntada?, ¿no ha de reflejarse esto de alguna manera en los casos en los que el arma de fuego es el instrumento productor del daño estando el agente fuera de servicio? Aquí está, en mi opinión, el quicio del problema. Y hay que resolverlo al margen de cualquier interpretación expansiva de la noción de servicio permanente.

Y eso es lo que hace la STS de 27 de mayo de 1987 (Azdi. 3488), en cuyo sustrato fáctico se encuentran los siguientes acontecimientos. Un Policía Nacional de vacaciones solicita en un bar droga blanda para consumo propio; no obteniéndola, se dirige a unos jóvenes que se encontraban en la calle, según parece fumando porros, que tampoco se la dieron pese a la insistencia de aquél. Entonces, el funcionario les manifiesta que es policía — aunque sin identificarse de manera clara y correcta—, y les pide la documentación. Negándose los jóvenes a hacerlo, da comienzo una discusión que acaba con un disparo a quemarropa en el tórax de uno de ellos, disparo proveniente del arma reglamentaria del policía de vacaciones; éste paró el primer vehículo que pasaba e introdujo en él al joven, que falleció momentos después.

En ningún momento pone en duda el TS que la finalidad de la intervención del causante del daño permaneció constantemente ajena a las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad,

«ya que desde el inicio del incidente lo que aquel pretendía era obtener algo de droga para su consumo propio, siendo los acontecimientos posteriores mera consecuencia de la actuación originada por dicho motivo inicial, sin que en ningún momento se llegara por parte del Policía a realizar una conducta objetiva de prestación de un servicio de orden público, salvo cuando acudió en auxilio de don Francisco V.M., después de herido mortalmente. Es significativo señalar que el mismo Policía era consciente de que no actuaba de acuerdo con la idea de servicio público, como lo acredita el que nunca se identificara inequívocamente, sino que a lo más que llegó en este sentido fue a exhibir rápidamente su carnet de policía una sola vez, sin que insistiera en identificarse de manera clara y de correcta forma, a pesar de las dudas que se habían suscitado en el grupo de jóvenes acerca de la realidad de su condición de funcionario policial».

Todo parece indicar, pues, que la Sentencia iba a ser desestimatoria; sin embargo, y citando la STS de 20 de mayo de 1986, ya estudiada aquí,

considera que la doctrina de ésta —cuyo núcleo básico ha de ser mantenido y ratificado, dice la de 27 de mayo de 1987— permite una ampliación de la responsabilidad de la Administración en estos casos, ampliación a la que, al menos en la lectura que entiendo más adecuada, en ningún momento parece invitar la Sentencia que ahora el TS toma como punto de referencia, y ampliación que se refleja en la extensión de la responsabilidad patrimonial

«a los casos en que la organización y funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquel riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración, por considerarla la opción más acorde con el interés público.

Conforme a este criterio, lo primero que resalta en el acontecer que concluyó con la muerte del joven Francisco V.M. es que un policía nacional, que se encontraba de vacaciones y que de madrugada rondaba en busca de diversión, fuera portador de su arma reglamentaria, siendo éste, con toda evidencia, el elemento determinante del final luctuoso del suceso. Sin entrar en el examen de la razón de oportunidad que aconseja al Estado organizar sus Cuerpos de Seguridad de manera que los miembros pertenecientes a los mismos puedan portar las armas reglamentarias aun cuando estén fuera de servicio, lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos que, por desgracia, no es la primera vez que originan un siniestro mortal. Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige. Consecuentemente, debe asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañinos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva dichos resultados serán imputables a su funcionamiento».

De modo que no se trata de una apreciación extensiva y equivocada de la situación de servicio permanente o dedicación profesional, sino, pura y simplemente, de la imputación de los daños a la Administración a consecuencia del modo en que organiza el servicio y aunque aquellos se produzcan con ocasión de actuaciones completamente desconectadas de las misiones constitucionales y legales de las fuerzas de seguridad. Ciertamente, la ampliación de la responsabilidad es notable.

Comentando esta Sentencia, E. NAVARRO MUNUERA ha puesto de relieve lo inadecuado de la aplicación de la teoría del riesgo, proponiendo en cambio como criterio de imputación el del funcionamiento anormal del servicio público, reconociendo la vestidura externa pública de la conducta

lesiva del agente desde la perspectiva del sujeto dañado (100). Y creo que es verdad lo que este autor considera en relación con la doctrina del riesgo; ésta es operativa en el plano del funcionamiento normal del servicio, y en el caso resuelto por la STS de 27 de mayo de 1987, como en la anteriormente citada de 25 de abril de 1986, es evidente que no hubo funcionamiento normal del servicio, es más, ni siquiera hubo funcionamiento del servicio.

Tema distinto es el de la perspectiva del sujeto dañado, el de si éste pudo creer que estaba realmente ante un agente administrativo en el ejercicio de sus funciones. Perspectiva subjetiva de difícil probanza en muchos casos —en el que nos ocupa ello es obvio porque la víctima murió, aunque había testigos de los hechos— y que tampoco me parece suficiente si no va acompañada de una actuación del funcionario que permita, con un cierto grado de certeza, no hace falta que sea absoluta, llevar al convencimiento de la víctima de que aquel actúa en su condición de servidor público. En el caso de los miembros de las fuerzas de seguridad, existe un deber inequívoco de identificación —que bajo ningún concepto colisiona con el derecho a la intimidad, como alguna vez se ha pretendido por algún sindicato policial (101)—, deber que para el Cuerpo Nacional de Policía recuerdan el RD de 4 de diciembre de 1987 y la OM de 8 de febrero de 1988. Si el agente no cumple correctamente con él, difícilmente podrá el ciudadano considerar subjetivamente que aquél actúa en el desempeño de sus funciones y, en consecuencia, la perspectiva de la víctima a que alude NAVARRO MUNUERA no puede ni siquiera nacer.

De ahí que, en mi opinión, si en virtud del principio de garantía patrimonial del dañado se desea extender la responsabilidad a supuestos como éste, haya que acudir a otros criterios; básicamente al de la imputación del daño al funcionamiento del servicio en virtud de los criterios legales o reglamentarios rectores de su organización. El problema es complejo y a él se ha referido, no hace mucho, L. MARTÍN REBOLLO a la vista, precisamente, de la Sentencia que ahora se comenta (102). ¿Cómo se interrelacionan imputación y modo de organizar y gestionar el servicio?, ¿han de excluirse del sistema de la responsabilidad daños como el que incluye la Sentencia de 27 de mayo de 1987?, ¿hay que eliminar la llamada dedicación profesional?, ¿hay que prohibir que los funcionarios de policía porten

(100) E. NAVARRO MUNUERA: «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», *REDA* 60, 1988, 603 sigs.

(101) Vid. el comentario de A.J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: «Identificación profesional y derecho a la intimidad de los funcionarios de policía», *AA* 1988, núm. 18, 997 sigs.

(102) L. MARTÍN REBOLLO: *Nuevos planteamientos*, cit., 2804.

armas fuera del servicio ordinario?... Son interrogantes de la máxima importancia, como se comprende perfectamente, y quizá sea precisa una solución legislativa que opte por una respuesta u otra en lugar de cargar la resolución del problema sobre las espaldas de los jueces con el consiguiente peligro de fallos divergentes en supuestos similares. En mi opinión, y con esto concluyo el presente apartado, si se decide en favor de la extensión de la responsabilidad patrimonial con base en la máxima garantía patrimonial de la víctima, la imputación pasa por el modo en el que el servicio se organiza; si las armas de fuego pueden ser portadas fuera del servicio y por ello se causan daños a terceros en situaciones ajenas al cumplimiento de misiones policiales en sentido estricto, la víctima debe ser resarcida precisamente porque hay conexiones entre la lesión y el servicio que, aunque propiamente no haya funcionado, ha facilitado la comisión del hecho en virtud de las reglas que la Administración estima más oportunas para su mejor prestación. Tan sólo procede ahora una precisión: la respuesta queda limitada al empleo de las armas de fuego, no a cualesquiera otras violencias policiales cometidas al margen del servicio, ordinario o permanente, porque sólo respecto de las primeras la organización y gestión del servicio permiten su conexión con éste. Por lo demás, y sobre esto volveré al final del presente trabajo, el principio de garantía integral del patrimonio dañado no se contradice, ni mucho menos, con que la Administración repercuta luego sobre el causante del daño ni con el precedente ejercicio de la potestad disciplinaria.

VII. ALGO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

1) *Planteamiento de la cuestión*

El tema de los daños cometidos a terceros por los miembros de las fuerzas de seguridad tiene, como es sabido, una muy cualificada vertiente jurídico-penal. Lo más común será que, dada la índole de los daños o lesiones que pueden causar los funcionarios de policía, se abra una investigación penal que, eventualmente, puede dar lugar a un proceso y a una sentencia; proceso y sentencia que en la actualidad, y queda al margen el tema de la Guardia Civil, están por fin bajo el dominio de la jurisdicción penal ordinaria, situación absolutamente lógica pero a la que sólo se ha llegado tras un trabajoso esfuerzo (103). Y lo que importa ahora tener en cuenta es

(103) El paso decisivo se da en la LOFCS, pero ya antes el TC había tenido oportunidad de pronunciarse en la Sentencia 75/1982, de 13 de diciembre en la que, frente al criterio sos-

que el actor está facultado para renunciar al ejercicio conjunto de la acción penal y civil (art. 111 LECri.), no pudiendo ejercitarse la segunda hasta que la penal haya sido resuelta en sentencia firme, interrumpiéndose en consecuencia el plazo de un año contenido antes en el art. 40.3 LRJAE y ahora en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, precepto este último que habla expresamente de prescripción sumándose así el legislador a la solución que al problema de la naturaleza del plazo para ejercer la acción de responsabilidad habían dado hace tiempo ya la doctrina y la jurisprudencia a despecho del tenor literal del art. 40.3 LRJAE.

En caso de reserva de ejercicio de la acción civil, y comoquiera que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, resulta indiferente el resultado del proceso penal. Si hay lesión resarcible, causalidad e imputación, la Administración deberá responder y así lo declarará la jurisdicción contencioso-administrativa al margen, insisto, de lo que resulta del proceso penal. No obstante, una precisión de importancia puede hacerse aquí. Es doctrina constitucional asumida vertida al hilo de la potestad sancionadora de la Administración, que ésta queda vinculada a los hechos declarados probados en vía penal, vía que de este modo es cronológicamente prioritaria (104); la razón es muy sencilla: lo que no existe para unos órganos del Estado no puede existir para otros. Pues bien, creo que el mismo criterio es aplicable cuando de la reserva del ejercicio de la acción de responsabilidad se trata; si los hechos a los que se imputa la lesión no se declaran probados en vía penal, la acción de responsabilidad no podrá prosperar. No se trata, nótese bien, de que se decrete la exención de la responsabilidad criminal, sino de que los hechos se declaren no probados, lo que es completamente distinto. Si los hechos a los que la lesión se imputa no existieron, mal puede prosperar la demanda de responsabilidad porque van a faltar la imputación y la causalidad. Diferente, por supuesto, es el caso de que no se pruebe la autoría concreta del daño: aunque ante la jurisdicción penal no conste quién fue el autor del hecho lesivo y, en consecuencia, el criminalmente responsable por él, en vía contenciosa bastará con la imputación al funcionamiento normal o anormal del servicio.

Por lo demás, y dicho sea incidentalmente, la STS de 6 de febrero de 1987 (Azdi. 2749), de la Sala 4.^a, admite la compatibilidad de la indemn-

tenido por el TS en tres Autos resolutorios de competencia de fecha de 9 de julio de 1981 (Azdi. 3204, 3207 y 3208), se dice que «*ratione loci*, la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de naturaleza militar». Por lo demás, repárese en que en virtud de la STC 55/1990, de 28 de marzo (RODRÍGUEZ-PIÑERO) ha sido declarado inconstitucional y nulo el art. 8.1 LOFCS en lo que éste atribuye la competencia para instruir, procesar y fallar a la Audiencia correspondiente.

(104) Vid., no obstante, las precisiones de A. NIETO sobre este punto en «El principio 'non bis in idem'», *RVAP* 28, 1990, 162-163.

zación *ex art. 40 LRJAE* con la que pueda decretarse en vía penal, siempre que ello no suponga una doble compensación y descontando la cantidad ya abonada como consecuencia del procedimiento criminal. Solución ésta que me parece correcta puesto que enfoca la cuestión desde el punto de vista del resarcimiento integral del patrimonio dañado, que es lo que realmente importa.

Indemnización decretada en vía penal. ¿Cuál es ésta? Lógicamente, la prevista en el art. 22 CP y cuya declaración presupone que se han ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil. En efecto, ninguna duda cabe de que el citado precepto (105) se está refiriendo también a las Administraciones públicas. Tras las vacilaciones jurisprudenciales iniciales, la cuestión está clara a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 1936 y, sobre todo, de la reforma penal de 1944. Es cierto que, con posterioridad, alguna jurisprudencia limitaba la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración a los casos en que ésta hubiera actuado como persona jurídica, rechazándola en consecuencia cuando el Estado actuara en ejercicio de poder soberano (Sentencia de 9 de marzo de 1951), pero hace ya mucho tiempo que está plenamente consolidado el criterio contrario y, bien se entiende, más razonable (106), del mismo modo que la vieja distinción entre el Estado como persona jurídica y como poder soberano, en la que la citada Sentencia se apoya, ha sido arrumbada.

Forzoso es, en este momento, que nos detengamos brevemente en la exposición de los requisitos que se entienden de ineludible concurrencia para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de los sujetos que enumera el art. 22 CP. Requisitos que, resumidamente, son los siguientes (107). En primer lugar, la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la Administración que debe responder subsidiariamente;

(105) Cuyo párrafo primero, que es el que nos interesa, dice así tras la reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero: «la responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

(106) Para el proceso de paulatina aplicación del art. 22 CP al Estado y otros entes públicos, vid. J. CÓRDOBA RODA-G. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Barcelona, Ariel, 1976, 988 sigs.; F. SOTO NIETO: «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», *La Ley*, año VII, núm. 1549, 26 de septiembre de 1986, 4-5; también en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, IEF, 1988, vol. II, 1820 sigs.

(107) Además de las obras citadas en la nota precedente, vid. sobre el particular M. BAJO FERNÁNDEZ: «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal. Importancia de su determinación», *RDP* 72, 1978, 707 sigs.; L. MORILLAS DE LA CUEVA: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991, 160 sigs.; así como las exposiciones que se encuentran en la manualística.

y, en segundo lugar, que la comisión del delito o falta haya ocurrido en el desempeño del servicio propio del agente. La doctrina y la jurisprudencia penales se han preocupado por perfilar más adecuadamente ambos requisitos, pero a nuestros efectos basta con lo reseñado: relación de dependencia y actuación dentro del servicio que al agente corresponde. Cuando tal ocurre, las Administraciones públicas podrán ser declaradas responsables civiles subsidiarios de los delitos o faltas cometidos por sus funcionarios. Y, como no podía ser menos, la regla es plenamente aplicable a los delitos y faltas cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, según se aprecia fácilmente consultando los repertorios jurisprudenciales. Así, por ejemplo, y sin perjuicio de las que se van a citar más adelante, pueden verse las Sentencias de 16 de marzo de 1961 (Azdi. 860), 25 de noviembre de 1965 (Azdi. 5238), 6 de julio de 1970 (Azdi. 3205) —si bien estas dos últimas se refieren a vigilantes municipales nocturnos y uniformados—, 6 de octubre de 1977 (Azdi. 3671), 11 de junio de 1981 (Azdi. 2645), 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955), 30 de marzo de 1983 (Azdi. 2219), 30 de junio de 1983 (Azdi. 3606), 18 de enero de 1984 (Azdi. 34), 11 de diciembre de 1984 (Azdi. 6263), 20 de abril de 1985 (Azdi. 2114), o, en fin, de 28 de mayo de 1985 (Azdi. 2550). Ahora bien, según indica la STS de 30 de abril de 1992 (Azdi. 3335), si se declara extinguida la responsabilidad criminal en virtud de la apreciación de circunstancias eximentes distintas a las enumeradas en el art. 20 CP, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado no se puede declarar. Desde luego que ha podido haber lesión resarcible, pero entonces el interesado deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo demás, sépase también que, en algún caso, la jurisprudencia ha declarado al Estado responsable civil subsidiario frente a otro organismo público, debiendo aquel indemnizar a éste de los perjuicios nacidos de la comisión de un delito de imprudencia temeraria por un Guardia Civil (108).

(108) STS de 16 de mayo de 1992 (Azdi. 4324): «aunque lo que podríamos llamar Administración en general, tiene un carácter unitario, ello no evita que las diversas instituciones y organismos que la componen sean independientes en su funcionamiento económico, pudiendo ser perfectamente acreedoras o deudoras unos respecto de los otros, ya que sus cajas de tesorería están sometidas a un diferente y concreto control de intervención. Esta idea surge aún más evidente cuando se trata de un organismo semi público como es un hospital militar de las características del Gómez Ulla. En todo caso, esa alegación de la existencia de la figura jurídica de 'confusión' [el Abogado del Estado había aducido el art. 1192 CC: «quedará extinguida una obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor»] entraña un verdadero sofisma, pues la obligación del Estado a favor del Hospital, si se tratase de un mismo deudor y acreedor, quedaría sin ser abonada por sus propias relaciones internas, sin necesidad de que los Tribunales de Justicia tengan que pronunciarse sobre la aplicación de esa norma compensatoria, y menos aún los Tribunales del orden penal al tratarse, como máximo, de cuestiones administrativas a resolver dentro del ámbito interno de la Administración».

Se cuenta, en definitiva, con un sólido cuerpo jurisprudencial que declara al Estado, o a la Administración correspondiente, responsable civil subsidiaria por los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad, cuerpo jurisprudencial del que interesa extraer las siguientes reglas a la vista, ahora, de las decisiones más recientes que lo integran.

2) *El fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas por los delitos o faltas cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad*

En principio, se aprecia en la jurisprudencia examinada, como en general en toda la de la Sala 2.^a del TS que aplica el precepto, una cierta tendencia objetivista en la interpretación del art. 22 CP. Tradicionalmente, el fundamento del mismo se ha querido encontrar en las culpas *in eligendo* e *in vigilando*, pero el aforismo *cuius commoda eius incommoda* aparece también con cierta regularidad en la jurisprudencia, a veces también junto a la propia idea de riesgo. Se habla, así, de las prestaciones beneficiosas para el Estado que derivan del servicio policial (Sentencia de 25 de enero de 1991, Azdi. 355), o de que la persona o entidad que crea un riesgo u obtiene un beneficio de ciertas actividades debe soportar las consecuencias que se derivan de aquellas (Sentencia de 19 de noviembre de 1990, Azdi. 9661, Sentencia de 2 de febrero de 1988, Azdi. 842).

Incluso se ha llegado a decir que las actividades policiales «integran un riesgo para la integridad física de los propios agentes y para el resto de los ciudadanos que se ven envueltos en cualquier acción de los mismos, por lo que este riesgo casi objetivo corresponde cubrirlo a la propia Administración y no sólo por una interpretación extensiva del artículo 22 del Código Penal sino por imperativo constitucional que consagra el art. 106.2 de la Constitución» (Sentencia de 3 de diciembre de 1991, Azdi. 8965) (109). Y también que «de igual modo que en el ámbito jurídico-privado la existencia del principio de confianza y su derivado de buena fe objetiva enmarca una fuente de responsabilidad, también en el área pública esta especie de 'oferta pública de seguridad' enmarcada en esa asignación de servicio permanente ha de conllevar de forma necesaria una contrapartida: la responsabilidad cuasi objetiva por la creación de ese riesgo posible. La res-

(109) Sin entrar en la pretensión última de la Sentencia de 3 de diciembre de 1991, que claro está que no es otra que asegurar la reparación integral de la víctima, creo que es bueno diferenciar claramente entre los arts. 22 CP y 106.2 CE. Por muy acusada que sea la tendencia objetivadora en la interpretación del primero, nunca podrá ocultar que la responsabilidad civil que en el mismo se refleja deriva del delito y es subsidiaria; la del art. 106.2 CE, que entronca directamente con la legislación administrativa preconstitucional, es una responsabilidad directa y objetiva, por lo que las diferencias me parecen notables.

ponsabilidad de la Administración deviene así desimplicada de toda idea de culpa de la misma en la causación del daño a resarcir, pues deriva únicamente del dato del mal funcionamiento ocasional del servicio creado en tales condiciones previamente programadas, de las que la no limitación de horario de prestación no es aislada, ya que a ella se superpone decisivamente la dotación de armamento instrumental para el cumplimiento de los fines asignados» (Sentencia de 14 de octubre de 1991, Azdi. 7103). Más sucintamente, pero con consecuencias en el fondo idénticas, la noción de riesgo es también mencionada por la Sentencia de 21 de junio de 1991 (Azdi. 4780).

Ya en otro orden de consideraciones, incluso se llegan a descartar cualesquiera otros fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria y se alude a la «exigencia hoy socialmente prevalente de un resarcimiento rápido a las víctimas o perjudicados cuando el agente de la actividad delictiva actúa en el ámbito de la relación de servicio que comprende la función» (Sentencias de 22 de diciembre de 1989, Azdi. 9763 y de 22 de febrero de 1991, Azdi. 1349).

Diversidad de argumentos, pues, para justificar la tendencia objetivadora de la responsabilidad civil subsidiaria, para razonar acerca de la ampliación del art. 22 CP. Pero claro, parece lógico que no hace falta acudir a ninguno de ellos si, realmente, se aprecia que alguno de los fundamentos tradicionales es apto para explicar la decisión concreta que se adopta. Así ocurre, por ejemplo, en las Sentencias de 18 de noviembre y 3 de diciembre de 1991 (Azdi. 9626 y 8965, respectivamente), en las que el TS acude al clásico criterio de la culpa *in vigilando*. En la primera se condena a un funcionario de policía como autor de un delito de asesinato, concurriendo la atenuante analógica de trastorno mental transitorio. Los hechos nada tuvieron que ver con la prestación del servicio —puesto que el policía asesinó a una mujer con la que mantenía relaciones amorosas—, pero el TS no duda en declarar al Estado responsable civil subsidiario. ¿Por qué? Por una razón bien sencilla: la joven asesinada había denunciado que el policía le hacía objeto de reiteradas amenazas telefónicas, advirtiéndole, además, de que cada día observaba un comportamiento más agresivo y violento. Y, sin embargo, dice el TS, la denuncia

«no trajo consigo por parte de sus correspondientes Jefes una investigación sobre lo que sucedía, ni un examen de la personalidad del procesado, lo que caso de haberse llevado a cabo, hubiera permitido descubrir rasgos psicopáticos de su carácter no plenamente compatibles ni adecuados con una segura y no peligrosa posesión de armas de fuego.

Así las cosas, decretar la responsabilidad subsidiaria del Estado es absolutamente correcto, pues en este caso sin necesidad de apoyarse en otros argumentos, también legítimos, se da una culpa 'in vigilando' en las autoridades y mandos policiales, a los efectos que aquí interesan, innegable».

El argumento de la falta de vigilancia de las condiciones psíquicas del autor del delito aparece también en la Sentencia de 3 de diciembre de 1991. Los hechos acaecieron en unas dependencias policiales en las que un funcionario disparó su arma reglamentaria contra otros compañeros, siendo luego condenado por un delito de asesinato y dos de homicidio frustrado. Comoquiera que el procesado había mostrado con anterioridad una personalidad esquizoide con antecedentes de etilismo crónico, sin que por ello hubiera sido sometido a exámenes o tratamientos, concluye el TS que «no nos encontramos por tanto ante un simple funcionamiento anormal de un servicio público sino ante una verdadera culpa derivada de la falta de vigilancia sobre las condiciones psíquicas de la persona que originó tan luctuoso suceso». Falta de vigilancia, *culpa in vigilando*. Y nótese que la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 ha sido aludida más atrás como exponente de la interpretación del art. 22 CP amparada en la idea de un «riesgo casi objetivo que corresponde cubrirlo a la propia Administración»; es claro, pues, que si los fundamentos tradicionales sirven en el caso concreto se acude a ellos, sin mengua de que a la vez se destaque la tendencia objetivadora con que la moderna jurisprudencia interpreta el precepto.

Tendencia objetivadora que, he indicado ya, me parece razonable habida cuenta de lo que persigue y de lo que representa de adaptación de las instituciones jurídicas a la realidad social; no obstante, de la misma no se puede derivar la ruptura pura y simple de la estructura interna de la responsabilidad civil subsidiaria. Estamos, de nuevo y al igual que en el contencioso de la responsabilidad objetiva, ante un problema de límites, puesto que éstos tienen que existir sin duda alguna. Límites que, en el caso del art. 22 CP, vienen impuestos por su propio significado: es una responsabilidad civil de segundo grado, no es directa ni objetiva. He aquí un aspecto que no hay que olvidar en ningún momento y que debe condicionar de algún modo la proclividad hacia la ampliación del ámbito aplicativo del precepto. Y es la misma naturaleza de la responsabilidad civil subsidiaria la que provoca que, contemplada desde el prisma de la responsabilidad directa y objetiva que se puede exaccionar a través del simple expediente de la reserva de la acción civil, se aprecien ciertas disfunciones institucionales de la que la Sala 2.^a del TS parece haberse percatado con claridad, circunstancia que, me parece, explica en cierta medida la tendencia objetivadora aludida que, en algún caso concreto, lleva a soluciones incorrectas como luego habrá oportunidad de comprobar y de las que es manifestación señera la conocida Sentencia sobre la trama de los GAL. Pero esas disfunciones, que hacen daño al sistema de la responsabilidad entero, pueden desaparecer si el legislador procura armonizar la responsabilidad pública derivada del delito y la reenvía a la jurisdicción contenciosa y a los criterios objetivos propios de la responsabilidad administrativa con independencia de lo que sucede en vía penal y sin necesidad de reserva de acción civil alguna. Y,

como se dirá más adelante, eso es lo que ha de ocurrir si el texto que ahora se encuentra en trámite parlamentario se convierte en el tan esperado, por tantos y por tantas razones, nuevo Código Penal.

3) *Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos en acto de servicio*

Presupuesto básico de esta responsabilidad civil de segundo grado es, se ha dicho ya, que el ilícito penal se cometa en el desempeño del servicio, en el cumplimiento de las funciones encomendadas a las fuerzas de seguridad. Al margen de lo que se indica en el epígrafe siguiente, ninguna dificultad especial suscita este requisito en el campo que estamos analizando. Baste, por eso, con ejemplificar con algunas sentencias recientes ciertos supuestos de hecho en los que el TS aprecia la efectiva concurrencia de dicho presupuesto y decreta la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente.

Así, el delito se comete dentro del desempeño de las funciones de las fuerzas de seguridad cuando se somete a torturas a un detenido en las dependencias policiales (Sentencia de 20 de diciembre de 1989, Azdi. 9685); cuando de una imprudencia temeraria derivan cuatro fallecimientos, estando las víctimas custodiadas en un depósito municipal de detenidos (Sentencia de 25 de enero de 1990, Azdi. 501); cuando un Jefe de la policía local, actuando bajo tal condición, detiene ilegalmente, golpea y asesina de un disparo de su arma reglamentaria a quien ha asaltado sexualmente a su amante, ocurriendo los hechos en los calabozos municipales (Sentencia de 1 de marzo de 1990, Azdi. 2316); cuando un agente de la Guardia Urbana de Barcelona, en función de vigilancia y represión del tráfico de estupefacientes, dispara a un marroquí que intentó coger un puñado de almendras de la mesa en la que el procesado se encontraba, junto a otros funcionarios, tomando unas bebidas y todos ellos de paisano (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, Azdi. 9661); cuando en el curso de un juego entre dos miembros de la Guardia Civil en el Cuartel donde prestan servicios, uno de ellos fallece a consecuencia de un disparo accidental proveniente del arma reglamentaria del otro (Sentencia de 21 de junio de 1991, Azdi. 4780); cuando el procesado, en servicio de patrulla en el interior de un bar, y tras habérsela prestado descargada a un tercero, introduce imprudentemente y con impericia el cargador en su arma reglamentaria, provocando un disparo con la secuela de lesiones graves (Sentencia de 8 de noviembre de 1991, Azdi. 7989); cuando en el curso de una persecución se produce la muerte del perseguido a consecuencia de un disparo de arma de fuego fruto de la clara imprudencia del funcionario (Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Azdi. 9122); o, en fin, cuando también por la manifiesta imprudencia de un

miembro de la Guardia Civil se dispara el arma reglamentaria impactando a uno de los ocupantes del coche oficial en el que se encontraban en misión de servicio (Sentencia de 16 de mayo de 1992, Azdi. 4324).

En todos los casos anteriores, como digo, la Administración es declarada responsable civil subsidiaria. La verdad es que la comisión del ilícito penal en el desempeño de las misiones policiales parece en ellos fuera de duda, siendo por eso razonable la solución del TS. No obstante, casi todos los supuestos mencionados dan pie para el escalofrío, sea por la impericia de los funcionarios actuantes, sea por su clara intencionalidad dolosa. ¿Y acaso puede sostenerse seriamente que la responsabilidad, aunque sea civil subsidiaria, constituye la alternativa financiera que permite asumir que conductas semejantes se produzcan con relativa frecuencia?

4) *Responsabilidad civil subsidiaria por delitos cometidos fuera del servicio ordinario. De nuevo, la dedicación profesional*

Ya se ha hecho mención más atrás a la decantación del concepto de servicio permanente que lleva a cabo la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS el concepto de servicio permanente a lo largo de los primeros años de la década de los ochenta, años en los que no han sido extraños los pronunciamientos judiciales rechazando que el procesado o los procesados actuaran cubiertos por tan singular situación. A las Sentencias antes reseñadas me remito, sin que ahora sean necesarias mayores precisiones. La consecuencia básica de la apreciación de que el funcionario no actuó en situación de servicio permanente es, en lo que nos importa ahora, la improcedencia de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Si no hay servicio permanente, aquélla no tiene que responder a través del art. 22 CP porque va a faltar, precisamente, el requisito esencial de la comisión del ilícito en el desempeño del servicio, aunque se trate ahora de la dedicación profesional.

Ahora bien, frente a tal conclusión correcta se aprecian síntomas de un cierto descontento jurisprudencial al respecto. Así, la STS de 28 de mayo de 1985 (Azdi. 2550) reconoce palmariamente que los delitos por los que fue condenado un policía nacional —delitos de lesiones graves y menos graves a consecuencia de disparos provenientes de arma no reglamentaria— se produjeron al margen por completo de los cometidos de su función; consecuentemente, dice el TS, no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. No obstante lo cual, la Sala advierte de su intención, no sé si luego cumplida, de elevar al Gobierno, al amparo del art. 2 CP, exposición para procurar la reforma del art. 22 CP, a fin de que puedan incluirse en él supuestos como el contemplado. Y se dice así, sin argumento alguno, sin explicaciones de por qué se pretende hacer tal cosa; pero, desde

luego, la Sentencia citada es indicativa de que algo está ocurriendo en la jurisprudencia en esta materia.

Todavía más. Si en las Sentencias citadas anteriormente en relación con la interpretación jurisprudencial del concepto de servicio permanente se constata que el TS rara vez aprecia que tan especial situación concorra, a partir de 1988 se observa una tendencia radicalmente inversa. Tendencia que no tiene necesariamente que explicarse en una ampliación del concepto de servicio permanente —aunque esta razón no sería raro que operara habida cuenta de la indicada proclividad de la Sala 2.^a a declarar, con varios argumentos, la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas a consecuencia de la comisión de ilícitos penales por los funcionarios de policía—, pero tendencia perceptible con toda claridad. Y de las Sentencias estudiadas cuyas fechas median entre 1988 y 1991 —hay alguna más, pero no siempre es fácil deducir cuáles fueron exactamente las circunstancias fácticas del caso—, tan sólo una, la de 30 de mayo de 1988 (Azdi. 4105), estima que no hubo conexión alguna con el servicio. Concretamente, los hechos fueron la muerte de una persona a consecuencia de un disparo de arma reglamentaria de Policía Nacional. El agente, que estaba de vacaciones y realizaba prácticas de tiro en una finca tras almorzar con otras personas, trataba de familiarizarse con el manejo del arma que recientemente le había sido asignada. Del relato fáctico que contiene la publicación de la Sentencia se desprende que el funcionario se condujo imprudentemente y que manejó el arma reglamentaria con el propósito indicado, buscando, además, prestar así un mejor servicio, pero, dice el TS

«Indudablemente que esta particular iniciativa suya no supuso en ningún momento una reactivación de su misión oficial, capaz de dotar de vigencia a la responsabilidad subsidiaria del Estado. No puede acusarse intervención alguna del policía en hechos o circunstancias que lo reclamen, ni en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana».

Se hace, pues, abstracción de cualquier idea de riesgo, de cualquier referencia a la disponibilidad de las armas fuera de servicio y se aplica un criterio estricto que, en buena lógica, conduce a que no se declare al Estado responsable civil subsidiario por los daños causados; y criterio que, por cierto, contrasta con el del riesgo utilizado otras veces, como ya nos consta, para justificar el nacimiento de la responsabilidad civil de segundo grado.

Pero mayoría son, como he dicho, las Sentencias que, en el período indicado, consideran que el funcionario, franco del ordinario, actuó bajo la situación de servicio permanente. Así, las Sentencias de 2 de febrero de 1988 (Azdi. 842), 4 de marzo de 1988 (Azdi. 1561), 14 de junio de 1988 (Azdi. 4908), 22 de diciembre de 1989 (Azdi. 9763) y de 22 de febrero de 1991 (Azdi. 1349). Los supuestos de hecho son diversos y alguno de ellos

ofrece ciertas dudas. Así, por ejemplo, en la segunda de las Sentencias citadas, un funcionario de policía, luego condenado como autor de un delito consumado de homicidio y de otro de homicidio en grado de frustración, se encontraba tomando unas consumiciones en un bar y sólo acreditó su condición tras una discusión con dos personas que estaban en el establecimiento, mostrándoles su documentación y el arma reglamentaria que portaba e invitándoles a que, a su vez, se identificaran, acto, dice el TS,

«totalmente inmerso en la esfera de su actuación y en el de sus normales atribuciones, todo lo cual evidencia que por más que, inicialmente, se dedicara al solaz y esparcimiento propios de sus horas libres de servicio y destinadas a su asueto, en determinado momento, y en cumplimiento de su deber de servicio permanente, decidió actuar en su condición de agente de la Autoridad al servicio del Estado, asumiendo sus funciones públicas y realizando actos propios y característicos de ellas, con lo cual, si se encontraba completamente desvinculado del Estado, cuando se inició el suceso, en el momento medular del mismo, recuperó la vinculación al propio tiempo que ejercía sus funciones encomendadas por la Ley, lo que le ligó de nuevo al ente público de que dependía, cuyo ente público no puede excusarse del cumplimiento de los deberes de resarcimiento que su indudable cualidad de responsable civil subsidiario le imponen».

A la vista de los hechos, da la impresión de que el TS quiere involucrar al Estado en la responsabilidad de segundo grado. Repárese en que la Sentencia no amparó el empleo del arma de fuego en la legítima defensa, puesto que la agresión de que fue objeto el funcionario era más hipotética que real; deducir de ahí que el temor subjetivo del procesado a ser objeto de una agresión que nunca se produce le sitúa en el marco del cumplimiento de sus deberes, parece un poco forzado. En otros casos, es claro que la conducta defensiva de un funcionario de policía es suficiente para apreciar la operatividad de la situación de servicio permanente e imputar la responsabilidad civil de segundo grado a la Administración (vid. la ya citada Sentencia de 22 de diciembre de 1989, Azdi. 9763), pero en éste las dudas no escasean.

5) *Continuación: especial referencia a la Sentencia de 12 de marzo de 1992 (caso: J. Amedo y M. Domínguez) y a su voto particular*

Para concluir con esta aproximación a la operatividad del concepto de servicio permanente y sus consecuencias en la declaración de las Administraciones como responsables civiles subsidiarios *ex art. 22 CP*, no quiero dejar de referirme a la Sentencia de 12 de marzo de 1992 (Azdi. 2442), relativa, ni más ni menos, que al célebre proceso seguido contra el Subcomisario J. AMEDO y el Inspector M. DOMÍNGUEZ, ambos del Cuerpo Nacional de Policía, por su vinculación con los denominados Grupos

Antiterroristas de Liberación (GAL) a los que se atribuían diversos atentados contra personas con una más o menos probable vinculación con la organización armada ETA militar. La Audiencia Nacional condenó a los procesados como autores de diversos delitos (asociación ilícita, autoría moral de cinco delitos de asesinato en grado de frustración y un delito de lesiones, autoría por inducción de un delito de asesinato frustrado, entre otros), los declaró responsables civiles solidarios ascendiendo el monto de la indemnización a la suma de 12.800.000 pesetas y absolvió al Estado de los pedimentos de carácter civil dirigidos contra el mismo.

En lo que nos interesa en este lugar, uno de los fundamentos de los diversos recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la AN fue, precisamente, el de la no declaración del Estado como responsable civil subsidiario, motivo que el TS estima en los términos que veremos enseguida; y adviértase que sobre esta cuestión hay un Voto Particular, precisamente el del Magistrado ponente de la Sentencia de 13 de marzo de 1992, señor DE VEGA RUIZ, quien en este punto fue sustituido por el señor GARCÍA ANCOS.

Como se recordará, bajo la pretensión de que se declarara al Estado responsable civil subsidiario de los delitos cometidos por los procesados y condenados subyacía el intento de mostrar la vinculación de órganos gubernamentales en la organización y financiación de los GAL. El tema era, pues, de lo más peliagudo y bueno es que tengamos en cuenta la cuestión, aunque en este lugar interese solamente el razonamiento de la Sentencia y del Voto Particular en orden a los términos en los que el Estado debe responder civilmente de forma subsidiaria.

La Sentencia, como he dicho, se inclina decididamente por sostener la procedencia de la responsabilidad civil de segundo grado del Estado. A la vista de los hechos declarados probados, estima el TS que:

A) Los procesados cometieron diversas acciones delictivas hallándose de servicio «y, por ello, el 'cordón umbilical' que une su relación de dependencia al funcionario con la Administración se nos muestra perfectamente perfilado y con todos sus requisitos». Es más, uno de los funcionarios (J. AMEDO) tenía encomendada, con cargo a los fondos reservados del Ministerio del Interior, una misión de investigación en Portugal, en cuyo desempeño se procedió a la contratación de personas para el secuestro de nacionales españoles en el sur de Francia.

B) Que si bien los funcionarios se extralimitaron y se condujeron al margen de las órdenes de sus superiores, nada de esto debe incidir en el resultado decisorio sobre la responsabilidad civil subsidiaria; sobre todo, dice la Sentencia, cuando son esas autoridades superiores las que ordenaron de

forma directa el cumplimiento de una misión policial extraordinaria en Portugal.

C) La responsabilidad civil subsidiaria se basa en la actualidad en el principio de creación del riesgo y se genera «cuando el responsable criminal actúa con la anuencia del presunto responsable civil subsidiario», anuencia entendida en sentido general como «al servicio de» o «bajo la dependencia de». En el caso, sigue la Sentencia, «se nos aparece con total claridad, por lo antes dicho, que ambos agentes inculcados actuaron siempre y en todo momento cuando se hallaban bajo la dependencia de sus superiores y al servicio (al menos unos de ellos) de un mandato gubernativo por razón de su cargo, aprovechándose ambos de su condición de policías para realizar las acciones criminales objeto de enjuiciamiento y condena».

D) El argumento de que tanto AMEDO como DOMÍNGUEZ se extralimitaron de las funciones encomendadas no le parece relevante al TS; es más, lo califica de sofisticado porque es la extralimitación, dice la Sentencia de 12 de marzo de 1992, la que provoca la idea de subsidiariedad. Si no se hubieran extralimitado, habría que buscar la responsabilidad de los mandos superiores del Ministerio del Interior, bien en concepto de inductores, bien en el de cooperadores necesarios.

E) Lo anterior supone, reconoce el Supremo, una interpretación extensiva del art. 22 CP, no prohibida al tratarse de una cuestión civil y no penal, pero acto seguido afirma que no es necesario acudir a esa extensión pues la interpretación a que se llega se desprende del propio tenor literal del precepto puesto que los procesados «en el desempeño de sus servicios actuaron ambos en todos y cada uno de los momentos de la acción delictiva, aprovechándose además (y esto es importante) de su dependencia orgánica del Estado para utilizar los medios materiales y las facilidades que éste puso a su alcance», sin que en ningún momento sea preciso acudir a la noción de servicio permanente.

Ni qué decir tiene que el argumento del TS en este punto se aparta decididamente de la línea tradicional y propende a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el mero hecho de ser el autor del delito funcionario de policía, aún cuando el hecho delictivo se haya cometido con ajenidad total al servicio, como fue en el caso por mucho que el TS intente argumentar que los procesados se encontraban en misión oficial. Y aun en el supuesto de que éste último se admitiera, dicha circunstancia sólo concurriría en el procesado J. AMEDO, pero no en M. DOMÍNGUEZ quien, si bien estaba en la situación administrativa de servicio activo, carecía de autorización para realizar el viaje a Portugal en cuyo transcurso se cometieron los hechos delictivos. Mejor hubiera hecho el TS en acudir a la idea de servicio permanente si quería engarzar la responsabilidad patrimonial de segundo grado del Estado. En efecto, puestos a am-

pliar el ámbito aplicativo del art. 22 CP, era más fácil argumentar que, al margen del servicio ordinario —que para J. AMEDO era el viaje de investigación a Portugal en relación con un posible tráfico de armas a ETA y con cargo a los fondos reservados del Ministerio del Interior— los funcionarios actuaron en la creencia subjetiva de hacer lo que correspondía en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana contratando a terceros para que realizaran actos delictivos tendentes a evitar atentados futuros de ETA militar. Aun así, esta perspectiva me parece difícil de sostener y ofrece flancos seriamente débiles —¿se trataba de evitar la comisión de los atentados o era una actuación movida por el ánimo de represalia?, por ejemplo—, pero hubiera sido más correcta.

No hay que olvidar que, aun cuando los hechos delictivos los cometieran en su condición de policías y aprovechándose de una misión oficial, AMEDO y DOMÍNGUEZ actuaron con notoria extralimitación de las funciones encomendadas al primero —vuelvo a insistir que el caso del Inspector Michel DOMÍNGUEZ es distinto— por lo que difícilmente puede involucrarse la responsabilidad patrimonial del Estado a menos que, y este es el punto oscuro, se reconozca que los órganos superiores del Ministerio del Interior tenían conocimiento de los hechos o de que podían prever que los procesados podían cometer los hechos que cometieron; caso en el que, y aquí la Sentencia tiene razón, lo que procedería sería la responsabilidad penal de los primeros y la civil directa del Estado.

Frente a la tesis de la Sentencia, el Voto Particular del Magistrado DE VEGA RUIZ va, bien se comprende, en la dirección opuesta insistiendo en que los delitos se cometieron al margen por completo del servicio lo que rompe tanto la dependencia como, consiguientemente, la subsidiariedad. Rechazando que al caso fuera aplicable la situación de servicio permanente, el Voto Particular se pronuncia de manera tajante: «carece de justificación que actuando el agente con un carácter estrictamente particular (si nos atenemos a los hechos probados), sin propia conexión con aquellos deberes de intervención que la normativa impone, se trate de acarrear al Estado la asunción de la responsabilidad civil de segundo grado consignada en el repetido art. 22».

Quede aquí hecha esta mención a tan importante y, por tantos motivos, Sentencia del TS. Tanto el fallo de la mayoría como el Voto Particular revelan la tensión que, en la actualidad, existe en este punto y las dificultades que surgen a la hora de ofrecer respuestas ponderadas o, cuando menos, seguras. Constátense solamente que parece clara la tendencia ampliatoria de la aplicación del art. 22, lo que puede dar lugar a soluciones concretas discutibles. No obstante, posiblemente en el momento actual nos encontremos a las puertas de una rectificación del sistema a consecuencia de una importante previsión legislativa que es de desear que supere el trá-

mite parlamentario en el que ahora se encuentra. En el epígrafe siguiente explicaré la cuestión con más detalle.

- 6) *¿No incide de algún modo el sistema de responsabilidad directa y objetiva en el régimen de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración previsto en el Código Penal? Las previsiones del futuro Código Penal en este punto*

La cuestión con la que quiero finalizar el análisis del art. 22 CP queda claramente enunciada en el encabezamiento precedente. Supuesto que la responsabilidad civil de la Administración es, desde la LEF y la LRJAE, directa y objetiva, supuesto que, por eso mismo, es indiferente, a los efectos del resarcimiento a la víctima, que el daño se haya cometido o no con ocasión de un hecho delictivo, ¿debe la Administración ser declarada directa y no subsidiariamente responsable por los daños derivados de un delito cometido con ocasión del funcionamiento de un servicio público? Lógicamente, la pregunta tiene sentido sólo si el lesionado, en virtud de lo dispuesto en el art. 111 LECri., no se reserva el ejercicio de la acción civil y ejercita conjuntamente ésta y la penal. En caso de que dicha reserva se produzca, ya lo he indicado más atrás, el precepto últimamente citado impone que la acción civil ha de aguardar a la sentencia penal firme, lo que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no tiene tanto sentido como lo tiene en el de la civil extracontractual dada la condición objetiva de aquélla.

Y a este respecto, bueno será recordar que el Consejo de Estado, en su Dictamen de 11 de abril de 1962 estimó que la responsabilidad de la Administración debía, en caso de delito, ser directa y no subsidiaria. El Dictamen citado analiza lo dispuesto en el art. 206 del entonces vigente Código de Justicia Militar de 1945 en el que se trataba de la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército respectivo en caso de insolvencia del culpable o culpables de un delito o falta cometido con ocasión de la ejecución de un acto de servicio reglamentariamente ordenado. Delito o falta cometidos con ocasión del servicio; responsabilidad civil subsidiaria de la Administración militar. Pues bien, el Consejo de Estado asume un criterio en el que no hay lugar a resquicio alguno: salvo que el agente actúe fuera del servicio y con total desconexión del mismo, exista culpa grave o dolo de la víctima y no sea procedente la compensación de culpas, o se trate de fuerza mayor, conforme a las leyes administrativas vigentes la Administración debe responder. En consonancia con este argumento, el Alto Organismo Consultivo afirma que tanto el artículo 206 del entonces vigente Código Penal castrense como el artículo 22 del Código Penal común deben «estimarse derogados en este punto concreto», puesto que desde la regulación de la

LEF, su Reglamento y la LRJAE, cuando la Administración ha de responder ha de hacerlo directamente. Y ello, puntualiza el Consejo de Estado, aunque el particular no se reserve, para su posterior instrumentación en vía administrativa, el ejercicio de la acción civil en virtud de lo dispuesto en el art. 111 LECri.

El criterio me parece sugestivo pero, creo, difícilmente aplicable sin una reforma legislativa en este punto. Es más, no sé si en la base de la tendencia objetivadora antes señalada en relación con el art. 22 CP se encuentra de algún modo la idea de que es la Administración la que debe responder en todo caso, aunque ello se haga a costa de los parámetros propios de la responsabilidad civil subsidiaria y forzando el tenor literal de un precepto que no parece admitir fácilmente algunas ampliaciones.

Dificultades aplicativas de la tesis del Consejo de Estado. ¿Cuáles son éstas? No son, desde luego, las que quiere ver el TS en su Sentencia de 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955), según la cual el régimen de la responsabilidad directa de la Administración sólo entra en juego en caso de inexistencia de infracción criminal; afirmar tal cosa supone desconocer, pura y simplemente, qué significa la responsabilidad objetiva y que anudado a éste carácter va el de ser directa. Las dificultades están en otro lado; concretamente en el hecho cierto de que los tribunales penales no pueden considerar otras normas que las penales y aquellas que no lo son pero cuya aplicabilidad se reconoce en las primeras. Como dice CÓRDOBA RODA, las disposiciones no penales no pueden tener aplicabilidad ni afectar a la vigencia de las penales (110). La única afección posible, apostillo, derivaría del texto constitucional, pero es claro que su art. 106.2 no se desprende que la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas del art. 22 CP pase, sin más, a serlo directa y a ser declarada así en el proceso penal.

De ahí que la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS siga aferrada a la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas, cuya evidente desconexión con las disposiciones administrativas parece tratarse de paliar, como he apuntado, con la extensión aplicativa del art. 22 CP de modo que, manteniendo intacta la subsidiariedad, puesto que los tribunales criminales no pueden hacer otra cosa, se tiende a objetivar la responsabilidad aunque en este proceso no se alcancen íntegramente las cotas a que llega la legislación administrativa vigente.

A resolver la cuestión se dirige expresamente el art. 122 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, remitido a las Cortes el día 4 de septiembre de 1992, a tenor del cual:

(110) J. CÓRDOBA RODA: *op. cit.*, con G. RODRÍGUEZ MOURULLO, 992-993.

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil y directa de la autoridad, funcionario o agente, la sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad de indemnizaciones».

Ya no se parte, pues, de la reserva de la acción civil por lo que no entra en juego el art. 111 LECri. y, en consecuencia, no hace falta esperar a la firmeza de la sentencia penal. Si esta previsión sigue adelante, se introducirá en el sistema de la responsabilidad de las Administraciones públicas un muy importante elemento de racionalización que, desde mi punto de vista, cerrará satisfactoriamente la estructura de aquel. Es deseable, por ello, que si el Proyecto de Código Penal naufraga en el trámite parlamentario por las razones que sean, el legislador tome buena nota de su art. 121 y lo introduzca en el Código vigente. La disolución anticipada de las Cámaras en la primavera de 1993 ha confirmado ese temido naufragio, si bien hay que aguardar, con alguna esperanza, a que una previsión similar a la comentada vuelva de nuevo a los Diarios Oficiales de las Cortes y sea objeto de la discusión que merece.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Ya es hora de concluir. He intentado a lo largo de las páginas precedentes mostrar los términos en los que en la actualidad se aplica el sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por las fuerzas de seguridad. Se han superado las inmunidades y las vacilaciones y, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia ha entrado decididamente en un coto otrora casi vedado a las exigencias y requerimientos del Estado de Derecho. Se han llevado hasta sus últimas consecuencias las aspiraciones de una Constitución que, precisamente cuando redactó estas líneas, cumple su decimocuarto aniversario; aspiraciones de racionalizar la estructura policial y aspiraciones, también, de situar a la responsabilidad patrimonial en un lugar destacado del entramado

del Estado de Derecho y de la propia configuración constitucional de las Administraciones públicas.

Ahora bien, la propia expansividad del sistema de la responsabilidad patrimonial lleva en sí misma un peligroso germen de efectos no queridos si no se contrapesa adecuadamente con mecanismos de ponderación. Está muy bien que la Administración responda por los daños causados por las fuerzas de seguridad en unos términos tan amplios como los que se han expuesto dada la indudable de exigencia de garantía íntegra de la víctima; pero el funcionario no debe quedar indemne cuando el Estado paga a consecuencia de actuaciones manifiestamente imprudentes o, incluso, dolosas. Hay que activar, en otras palabras, la responsabilidad personal del funcionario ante la Administración a través de la acción de regreso (111), con independencia, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que pueda proceder. Y no se trata de que el erario público recupere íntegramente los caudales que ha abonado en concepto de responsabilidad patrimonial (112), sino de que, una vez asegurada la garantía de la víctima, no se asegure la impunidad de un funcionario que se extralimita claramente en el ejercicio de sus funciones, que las realiza con notoria imprudencia o que comete un delito. La responsabilidad de la Administración no puede repercutir en, por decirlo de algún modo, la relajación profesional de los funcionarios de policía. La responsabilidad no puede servir para eso porque entonces no cumpliría el papel que le corresponde en un Estado de derecho y que, recientemente, ha recordado L. MARTÍN REBOLLO: el de ser el gozne de las relaciones entre Administración y ciudadanos y correlato de la eficacia de aquélla (113). Porque si se paga pero no se corrigen las patologías, nada se mejora en términos institucionales. Eso ocurre sea cual fuere el servicio, pero cuando del de policía de seguridad se trata aparece algo que se ha mencionado ya más atrás, aparece el hecho cierto de ser fácilmente identificable el autor material de la lesión y, en consecuencia, el agente patológico

(111) Vid., en términos generales, L. MARTÍN REBOLLO: *Nuevos planteamientos*, cit., 2810.

(112) Las cifras en este campo no son muy abultadas si las comparamos con las que se manejan en otros. Baste con recordar, por ejemplo, que la famosa sentencia sobre el caso del hundimiento del buque Urquiola —muy aludido en este diciembre de 1992 a consecuencia del hundimiento del petrolero griego Mar Egeo frente a las costas de La Coruña— ha obligado a, por Ley 13/1990, de 12 de noviembre, conceder un crédito extraordinario de casi mil millones de pesetas para indemnizar a los mariscadores y a las cofradías de pescadores. Es verdad que el del Urquiola fue un supuesto especial, pero la cifra es escalofriante. En cambio, entre los años 1985 y 1991, las condenas a la Administración que constan en la jurisprudencia contencioso-administrativa estudiada ascienden a unos 57.000.000 de pesetas, lo que es muy poco comparado con el ejemplo indicado, aunque a esa cantidad haya que sumarle los intereses, las cifras que se fijan en ejecución de sentencia las que se establezcan en otras jurisdicciones.

(113) L. MARTÍN REBOLLO: *op. ult. cit.*, 2800.

co. En numerosos servicios públicos, la responsabilidad puede apelar a estructuras abstractas e impersonales, en el de la policía de seguridad la responsabilidad apela generalmente a conductas individualizadas que se pueden y deben corregir.

Hay que distinguir, pues, entre dos planos que son completamente distintos. Si se opta por ampliar la operatividad real del sistema por razones de justicia material, porque se considera que la víctima o sus causahabientes deben ser resarcidos y para eso se acude a interpretaciones a veces un poco forzadas de los términos de la responsabilidad, hay que garantizar que la cobertura pública de los daños no se convierte en el escudo protector de un funcionario negligente. Es claro que muchas veces la condena penal será suficiente; pero puede no haber condena por varias razones, o ser una condena breve... Hay que activar, he dicho, la acción de regreso si media dolo, culpa o negligencia grave; posiblemente no sea necesario recuperar la cuantía total de la indemnización abonada, pero de algún modo hay que involucrar al funcionario en las consecuencias patrimoniales de su comportamiento personal claramente negligente. No es ésta, desde luego, la única forma de conseguir una policía profesional y que sirva exclusivamente a los fines y objetivos para cuyo cumplimiento adecuado la sociedad pone en sus manos medios coercitivos de gran entidad; nunca podrá desterrarse, ni aquí ni en ningún otro sitio, el albur de la naturaleza humana. Pero, al menos, algo puede contribuir a ese siempre inacabado proceso de racionalización de lo policial, que es casi tanto como decir que de racionalización del Estado y de sus poderes represivos.

IX. APENDICE JURISPRUDENCIAL

Se relacionan acto seguido las Sentencias que se han manejado directamente para la elaboración del presente trabajo. Creo que, sin tratarse de una enumeración que se pretenda agotadora o exhaustiva, la relación jurisprudencial es lo suficientemente completa como para apreciar la actual aplicación generalizada del sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños policiales, así como el punto de inflexión que en este aspecto se produce entre 1978 y 1983. Por otro lado, sirve también para considerar la cadencia con que a la Sala de lo Penal del TS llegan últimamente casos en los que las fuerzas de seguridad están involucradas en hechos delictivos. Se omite toda referencia a la jurisprudencia francesa utilizada, así como a aquellas otras Sentencias, básicamente del TC, que se citan en el texto pero que no aluden directamente al tema central estudiado. Por contra, se incluyen también aquellas Sentencias que, si bien no han sido mencionadas en el texto por diversas razones, sí que se refieren a la responsabilidad derivada de los daños policiales, sean de lo penal, sean de lo contencioso-administrativo; cuando tal ocurra, vendrán identificadas a través de un asterisco.

1) SALA DE LO CIVIL

Sentencia de 5 de julio de 1983 (Azdi. 4068)
Sentencia de 12 de noviembre de 1985 (Azdi. 5581)
Sentencia de 27 de marzo de 1992 (Azdi. 2336)

2) SALA DE LO PENAL

Sentencia de 16 de marzo de 1961 (Azdi. 860)
Sentencia de 25 de noviembre de 1965 (Azdi. 5238)
Sentencia de 6 de julio de 1970 (Azdi. 3205)
Sentencia de 6 de octubre de 1977 (Azdi. 3671)
Sentencia de 11 de junio de 1981 (Azdi. 2645)
Sentencia de 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955)
Sentencia de 30 de marzo de 1983 (Azdi. 2219)
Sentencia de 16 de mayo de 1983 (Azdi. 2710)
Sentencia de 30 de junio de 1983 (Azdi. 3606)
Sentencia de 18 de enero de 1984 (Azdi. 34)
Sentencia de 11 de diciembre de 1984 (Azdi. 6263)
Sentencia de 20 de abril de 1985 (Azdi. 2114)
Sentencia de 28 de mayo de 1985 (Azdi. 2550)
Sentencia de 2 de febrero de 1988 (Azdi. 842)
Sentencia de 4 de marzo de 1988 (Azdi. 1561)
Sentencia de 30 de mayo de 1988 (Azdi. 4105)
Sentencia de 14 de junio de 1988 (Azdi. 4908)
Sentencia de 20 de diciembre de 1989 (Azdi. 9685)
Sentencia de 22 de diciembre de 1989 (Azdi. 9762)
Sentencia de 25 de enero de 1990 (Azdi. 501)
Sentencia de 8 de febrero de 1990 (Azdi. 1929)*
Sentencia de 1 de marzo de 1990 (Azdi. 2316)
Sentencia de 23 de abril de 1990 (Azdi. 3300)*
Sentencia de 19 de diciembre de 1990 (Azdi. 9661)
Sentencia de 25 de enero de 1991 (Azdi. 355)
Sentencia de 22 de febrero de 1991 (Azdi. 1349)
Sentencia de 21 de junio de 1991 (Azdi. 4780)
Sentencia de 4 de octubre de 1991 (Azdi. 6998)*
Sentencia de 14 de octubre de 1991 (Azdi. 7103)
Sentencia de 8 de noviembre de 1991 (Azdi. 7989)
Sentencia de 18 de noviembre de 1991 (Azdi. 9626)
Sentencia de 3 de diciembre de 1991 (Azdi. 8965)
Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (Azdi. 9122)
Sentencia de 12 de marzo de 1992 (Azdi. 2442)
Sentencia de 24 de marzo de 1992 (Azdi. 2436)
Sentencia de 30 de abril de 1992 (Azdi. 3335)
Sentencia de 16 de mayo de 1992 (Azdi. 4324)

3) SALA(S) DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sentencia de 15 de marzo de 1963 (Azdi. 2135)
 Sentencia de 7 de junio de 1967 (Azdi. 3117)
 Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (Azdi. 5364)
 Sentencia de 11 de marzo de 1977 (Azdi. 1051)
 Sentencia de 4 de octubre de 1978 (Azdi. 3319)
 Sentencia de 31 de octubre de 1978 (Azdi. 3989)
 Sentencia de 2 de febrero de 1980 (Azdi. 743)
 Sentencia de 18 de febrero de 1980 (Azdi. 735)
 Sentencia de 18 de enero de 1982 (Azdi. 346)
 Sentencia de 30 de marzo de 1982 (Azdi. 2356)
 Sentencia de 16 de julio de 1982 (Azdi. 5443)
 Sentencia de 3 de diciembre de 1982 (Azdi. 7735)
 Sentencia de 13 de julio de 1983 (Azdi. 4043)
 Sentencia de 6 de marzo de 1984 (Azdi. 1749)
 Sentencia de 26 de marzo de 1984 (Azdi. 1754)
 Sentencia de 16 de abril de 1984 (Azdi. 2571)
 Sentencia de 23 de mayo de 1984 (Azdi. 4370)
 Sentencia de 13 de junio de 1984 (Azdi. 4374)
 Sentencia de 11 de octubre de 1984 (Azdi. 5098)
 Sentencia de 28 de diciembre de 1984 (Azdi. 428)
 Sentencia de 4 de febrero de 1985 (Azdi. 986)
 Sentencia de 18 de marzo de 1985 (Azdi. 2635)
 Sentencia de 17 de julio de 1985 (Azdi. 3920)
 Sentencia de 18 de diciembre de 1985 (Azdi. 6538)
 Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (Azdi. 1545)
 Sentencia de 28 de enero de 1986 (Azdi. 69)
 Sentencia de 25 de abril de 1986 (Azdi. 2964)
 Sentencia de 29 de abril de 1986 (Azdi. 2977)
 Sentencia de 20 de mayo de 1986 (Azdi. 3264)
 Sentencia de 14 de octubre de 1986 (Azdi. 6543)
 Sentencia de 28 de octubre de 1986 (Azdi. 6635)
 Sentencia de 6 de febrero de 1987 (Azdi. 2749)
 Sentencia de 24 de abril de 1987 (Azdi. 4755)
 Sentencia de 21 de mayo de 1987 (Azdi. 3424)*
 Sentencia de 27 de mayo de 1987 (Azdi. 3488)
 Sentencia de 23 de febrero de 1988 (Azdi. 1451)*
 Sentencia de 6 de abril de 1988 (Azdi. 2661)*
 Sentencia de 8 de junio de 1988 (Azdi. 5076)
 Sentencia de 23 de enero de 1989 (Azdi. 350)
 Sentencia de 16 de mayo de 1989 (Azdi. 3697)
 Sentencia de 14 de junio de 1989 (Azdi. 4384)
 Sentencia de 15 de mayo de 1990 (Azdi. 3817)
 Sentencia de 12 de junio de 1990 (Azdi. 4703)
 Sentencia de 29 de mayo de 1991 (Azdi. 3901)
 Sentencia de 6 de noviembre de 1991 (Azdi. 8869)
 Sentencia de 11 de noviembre de 1991 (Azdi. 8168)*

LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN LA
 LEGISLACION FORESTAL (*)

Javier OLIVÁN DEL CACHO

«La historia es siempre la misma: primero, bosques frondosos; después, la destrucción, impuesta por las necesidades del hombre o las crueldades de la guerra, y sólo contenida por la superstición druídica; y, últimamente, la reacción manifestada por un tardío arrepentimiento, acompañado de un vago clamor que pide la repoblación de las desnudas montañas y de los áridos arenales» (*Memoria relativa a los servicios de la Dirección General de Agricultura, Minas y Montes*, Madrid, 1912, pág. 268).

SUMARIO: I. Introducción. — II. Precedentes históricos. 1. Edad Media. 2. Ilustración. 3. Siglo XIX y primera mitad del XX. — III. Régimen previsto en la legislación franquista. 1. Consideraciones previas. 2. Intervenciones administrativas de planificación y de gestión. A) Montes de utilidad pública. B) Montes protectores. C) Montes privados no protectores y públicos no catalogados. D) Montes comunales. 3. Intervenciones administrativas de mejora: la repoblación. 4. Intervenciones administrativas de protección de los montes. 5. Infracciones de la legislación forestal. — IV. La legislación postconstitucional. 1. Situación competencial. 2. Algunas normas estatales con incidencia en la cuestión. A) La Evaluación del Impacto Ambiental. B) Legislación de espacios naturales. 3. La legislación autonómica. A) Introducción. B) Cataluña. C) Navarra. D) Andalucía. E) Castilla-La Mancha. F) Cantabria. G) Asturias. — V. Normativa comunitaria. 1. Antecedentes. 2. Los instrumentos normativos vigentes. A) Medidas propiamente ambientales. B) Medidas forestales de acompañamiento de la PAC.

(*) El presente trabajo constituye una revisión adaptada y actualizada de la conferencia pronunciada en marzo de 1993 con ocasión del «I Curso de Derecho Ambiental» celebrado en Zaragoza y organizado por la Fundación Ecología y Desarrollo.