

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

Joan J. Queralt

Letrado del Tribunal Constitucional
Prof. Titular de Derecho Penal

I. La actividad de los poderes públicos supone, a fin de atender (al menos típico-idealmente) las crecientes demandas que motivan la existencia del Estado social, constantes injerencias en la esfera de los derechos de los particulares, exigiendo, llegado el caso, también coercitivamente el cumplimiento de los requerimientos que los agentes públicos les dirigen. La imposición y exigencia de comportamientos a los ciudadanos no es, desde luego, una novedad histórica: antes al contrario, más bien un sino. Hoy en día, sin embargo, cabe e, incluso, puede ser menester, abandonar el fatalismo concomitante y la correlativa predisposición a encarar el problema de las exigencias referidas con las manos prácticamente vacías o, mirando a otro lado, intentando soslayar la cuestión¹. Hoy día, sin dejar de reconocer las potestades públicas, pero en su condición de técnicas instrumentales, el Estado democrático ofrece un conjunto de remedios y el clima político necesario para sacar el tema de las inmisiones públicas más allá de las tradicionales relativas a la libertad (leyes penales) y propiedad (leyes fiscales y expropiación).

En efecto, la virtualidad de lo que se entiende es —o ha de ser— en nuestros días un Estado moderno pasa necesariamente por sacar de la rebotica del Poder público el conjunto de posibilidades de injerencia en las esferas de los ciudadanos y, concretamente, sacar a la luz esta cuestión capital de la actuación policial, que constituye un arquetipo; pues no es necesario recordar que el poder del policía ha sido considerado entre nosotros —y no sólo entre nosotros— como algo inmanente al Poder Ejecutivo, tanto en su forma como en su alcance² y, por ende, y lo que es más grave, sustraído al debido control normativo en todas sus

¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1988, p. 715.

² Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 745, 749. Vid. STS 25-6-1974 y el comentario, ciertamente instructivo, de GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los límites del poder de policía general», en *REDA* (5), 1975, pp. 203 y ss. (212 y'ss.).

manifestaciones. Por ello, dada la íntima vinculación de la función policial con el mantenimiento de la seguridad pública, no es de extrañar que las tres categorías que aparecen en el título, necesidad, legalidad y oportunidad, sean de referencia connatural al ejercicio de dicha función.

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

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

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

1. La *necesidad* se presenta como una categoría fáctica que mueve a la actuación de los operadores jurídicos, en este caso a los policiales, allá *cuando* se produce un supuesto de intervención. La necesidad, en tanto que categoría factual, se entiende desde esta perspectiva como la llamada a la acción, motivada esta acción por la producción del hecho material desencadenador; consecuentemente, la necesidad responde también al *porqué* de la actuación. Así las cosas, el horizonte normativo de la necesidad de la actuación queda cumplimentado con una llamada

³ Categórica y convincentemente, GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1988, pp. 61 y s.

a la satisfacción de la *necesidad de seguridad*, necesidad que se produce cuando toma cuerpo una quiebra real o presunta de la paz ciudadana. Dicho plásticamente: toda quiebra o amenaza de la tranquilidad ciudadana es base bastante para mover a la Policía a actuar, ya sea administrativa, gubernativa o judicialmente. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, tal intervención quedaría *justificada con la mera invocación* del cumplimiento de la función policial de protección de la paz pública.

Este planteamiento, no exento de cierta dosis de acierto procedente del Derecho General de Prusia que data de 1794, es decir, en el umbral de la muerte del despotismo ilustrado que pugnaba con el incipiente liberalismo⁴, significa poner el acento del concepto de la función policial en la salvaguarda del *orden público*, entendida esta concepción como *habilitadora suficiente y universal del poder político de intervención policial*, y plantea, pese a su simplicidad, no pocos problemas reales y nada especulativos⁵.

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

Aun en el supuesto de que se produjeran lagunas⁶ —o que se deno-

⁴ En igual sentido antiliberal se dictaron, por ejemplo, las leyes de seguridad pública prusiana e italiana de 1931; cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *REDA* (15), 1977, pp. 618 y s.

⁵ Vid. DENNINGER, «Polizei in der freiheitlichen Demokratie», en DENNINGER/LÜDERSEN, *Polizei und Strafprozesse im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt del Meno, 1978, pp. 104 y ss. El BVerfG, 33, 1 ss. entiende que la cláusula general de necesidad es insuficiente para operar negativamente sobre los derechos fundamentales.

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

minaran lagunas a planteamientos constitucionales más respetuosos con los derechos fundamentales de lo que había sido hasta 1978 la práctica legislativa, administrativa y judicial española—, aun en ese supuesto, sin Ley o con una Ley contraria al texto constitucional, nada se podía hacer, para lo que aquí interesa, en la esfera de los derechos ciudadanos. El artículo 9.1 CE («Los ciudadanos y los poderes públicos *están sujetos* a la Constitución y al *resto* del ordenamiento jurídico») y la disposición derogatoria tercera de aquélla («Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución») son ejemplos palmarios de lo desacertado de la interpretación administrativa y judicial ordinarias —que, por otro lado, no fue la tónica general— de relativización de los mandatos constitucionales de índole más indubitadamente democráticos y garantistas.

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

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

Evidentemente, y con ello se da respuesta a la primera pregunta, quien corre con la apreciación de si concurre la necesidad de actuación o no en el caso concreto es el funcionario ante el que se plantea un hecho. Tanto si, como he señalado, la necesidad es una categoría fáctica, como si con aquélla se denomina al resultado de un proceso de discernimiento, lo cierto es que será un funcionario, normalmente de los escalones jerárquicos más inferiores, quien tome la decisión; y toma la decisión pronta y grave frente a un derecho o derechos que tienen su raíz en la voluntad del constituyente o del legislador. Salta a la vista que la legitimidad de éstos es infinitamente mayor que la de un funcionario, por más que el ejercicio de su función tenga un asidero legal y constitu-

cional⁷. Podría contrarrestarse lo acabado de señalar, afirmando que, si bien cabría admitir tal minus de legitimación para los agentes de los escalones más bajos de la pirámide jerárquica, ello no sería así respecto de los que se hallan en la cúspide de la misma y en contacto directo, por depender totalmente, con la fuente de legitimación democrática; me refiero, claro está, a los órganos superiores de la Administración y del Gobierno que deben el ejercicio de sus funciones a que un Presidente de Gobierno ha merecido la confianza del Congreso de los Diputados, por cualquiera de los sistemas constitucionalmente diseñados el efecto. Podría, de este modo, afirmarse que apreciada la necesidad por alguno de dichos órganos superiores de la Administración o, en otro contexto, del Gobierno de la Judicatura, en su caso, aquélla podría prevalecer sin mayor problema sobre el derecho fundamental de que se tratare.

Sin embargo, y sin pretender, por ahora, agotar el tema, lo cierto es que en nuestro sistema jurídico *ningún órgano público puede producirse al amparo de la necesidad como única fuente de habilitación*. Valga, de momento, un solo ejemplo de lo errado de esta concepción. En efecto, el artículo 53.1 CE («Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a») es tajante al respecto: si los derechos y libertades públicas fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y sólo mediante Ley —es decir, mediante actos del Poder más directamente conectado con la legitimidad popular, el Legislativo, pues es el representante del pueblo español (art. 66.1 CE)— no cabe argumentar que existan otras posibles aperturas diferentes a las legislativas.

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

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

La *conclusión* que acaba de obtenerse permite soslayar el problema de lo que sea discernir qué sea necesidad en cada momento y cómo se

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

aprecia. La diversidad de supuestos de necesidad y de criterios para llegar a considerar que una actuación es necesaria supondría una quiebra de uno de los más elementales pilares de un ordenamiento medianamente racional: la *seguridad jurídica*⁸. Se caería en el más puro arbitrarismo y la acción policial, lejos de servir de garantía, se convertiría en generadora de caos, es decir, la vida social devendría prácticamente imposible, puesto que la respuesta que los particulares ofrecerían a lo que considerasen inaceptable desde sus puntos de vista también estaría presidido por el principio de necesidad⁹. Desde esta perspectiva, apelar a la necesidad, al margen de otras consideraciones, se convierte en un primer paso, pero ya superado y sumamente rústico¹⁰, de la formalización y limitación de la actuación de los poderes públicos sobre el patrimonio jurídico de las personas.

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

Esta invocación contiene, a mi modo de ver, dos graves errores. Por un lado, se olvida que el legislador, único sujeto capaz de limitar los derechos de los ciudadanos —los funcionarios administrativos y judiciales sólo actualizan, cuando corresponde, tal limitación—, ha previsto ya los posibles supuestos en que se requerirá la intervención pública y, ponderando las razones de seguridad y de necesidad, ha autorizado con

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

⁹ En otro lugar (vid. mi *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 440 y s.) he propuesto que si los Poderes públicos se rigen en su actuación respecto de los particulares de acuerdo al principio de proporcionalidad, éstos deberán responder ante las extralimitaciones de los agentes —salvo casos groseros sin apariencia de legalidad— también mediante una institución anclada en la proporcionalidad: el estado de necesidad, dado que, aun intentando evitar una lesión, quien la produce está justificado. Atemperar las conductas al principio de proporcionalidad supone postergar el de necesidad, pues, en puridad, podría resultar necesario no respetar el mandato de proporcionalidad, con lo que la fuerza lenitiva de conflictos que el ordenamiento aspira a ejercer quedaría en nada.

¹⁰ No parece causa bastante legítima para mantenernos en dicho estado el acoso de determinadas, pero excepcionales, formas de violencia tales como el terrorismo o el tráfico de drogas. Ello supone una trascendentalización de los problemas como los expuestos y hacer de lo excepcional regla general y aplicable a todos los demás supuestos; cfr., a este respecto, por ejemplo, DENNINGER/LÜDERSSEN, «Einleitung. (a) Verfassung und Gesetz. Aktuelle Randbemerkungen zu einer Theorie der freiheitlicher Demokratie», en DENNINGER/LÜDERSSEN, *Polizei und Strafprozesse*, cit., p. 13.

carácter general una intervención de los derechos ciudadanos más o menos extensa, más o menos duradera.

Un ejemplo paradigmático de lo que acabo de exponer lo constituye la práctica de la *detención preventiva*. Como es fácilmente observable desde cualquier estadística, los hechos habilitadores de la detención son no los delitos flagrantes, sino los delitos supuestos. Por ello, el legislador, en el artículo 492.4.º LECr, ha decidido *sustituir la certeza* de la realidad delictiva percibida por el agente de Policía Judicial *por su arbitrio* respecto de si en el supuesto concreto concurren *motivos racionalmente bastantes* que obliguen a practicar la detención preventiva. El que concorra, en realidad —realidad que se comprobará *a posteriori*, ya por el propio agente, ya por los órganos judiciales en las diversas fases procedimentales—, o no concorra el hecho delictivo es algo que en nada afecta a la corrección de la legalidad de la misma: no se dará ningún supuesto de detención ilegal y el agente que haya practicado la detención del inocente es inmune a cualquier tipo de exigencia o de responsabilidad criminal, disciplinaria o patrimonial¹¹, con independencia de que el ciudadano deba ser, en principio, indemnizado¹².

En el planteamiento del legislador, en este y en infinidad de supuestos, prima la necesidad sobre la libertad; se trata de una *necesidad legalizada*: se sustituye la certeza de la realidad por el denominado *tipo de sospecha*¹³. Pero ello, lógicamente, también con sus *límites*: la corrección de la formación del criterio del agente, lo que excluye los caprichos y las supercherías, y la moderación de su intervención, que no es ajena a la contundencia de la misma.

4. El otro error al que hacía referencia atañe al problema de las *lagunas legales*. Dejando de lado aquí la obligación de interpretar y aplicar restrictivamente las normas reductoras de derechos (art. 9.3 CE)¹⁴, lo cierto es que ayudarse de la necesidad para poder suplir una presunta laguna es una petición de principio. En efecto, *apelando a la necesidad se crea la laguna a la que aplicarla*. Apelar a la necesidad supone desconocer el principio de habilitaciones tasadas¹⁵, más o menos amplias o difusas, pero en ningún caso universales, a la que los poderes públicos están sometidos en un Estado democrático de Derecho¹⁶. La rotundidad del artículo 103.1 CE no puede ser más completa («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcen-

¹¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía Judicial*, Madrid, 1989, pp. 70 y s.

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

¹³ Vid. los mismos, *op. cit.*, pp. 63, 70 y s.

¹⁴ Sólo en el año, por ejemplo, 1987, cfr. SSTC 22, 140, 160, 205, al respecto.

¹⁵ Cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas*, cit., pp. 625 y s.; GÖTZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrechts*, Tubinga, 1985, pp. 84 y 227 ss, distingue entre policía de seguridad (que es la que aquí nos interesa) y administrativa. Para la primera rige el principio de habilitaciones específicas,

¹⁶ Sobre la no siempre exquisita precisión del principio de legalidad, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., pp. 881 y s.

tración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»); *sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*, a mi modo de ver, no puede ser entendido de otro modo, pues ello supondría la deslegalización de apoderamientos, lo cual acabaría por concluir con la propia cláusula deslegalizadora, borrándola del mapa; y retornar a la indefinición de funciones y potestades es algo que el Derecho de un Estado democrático de Derecho no puede tolerar por atacar su propia razón de ser al introducir un elemento de hostil arbitrariedad en el sistema jurídico.

Y es que quien apele a la necesidad para cubrir una presunta laguna *cac*, también, en otra grave contradicción lógica: presupone, sin demostrarlo, que existe tal laguna. En ordenamientos tan complejos y tan sedimentados como son los occidentales de nuestro entorno político-cultural es difícil pensar que, más allá de lo que pueda tener de innovador la aplicación y desarrollo de una tecnología¹⁷, quepa hablar en puridad de una laguna, al menos por lo que respecta al ámbito de las posibles limitaciones de los derechos y libertades de los ciudadanos. Tal como percibo esta cuestión, creo que más bien estamos ante una abstención consciente del legislador, una *autocontinencia voluntaria*¹⁸ ante determinadas esferas de libertad. En este contexto, dos ejemplos me parecen paradigmáticos: el de la retención¹⁹ y el de requerimiento de identificación, sin estar esta última preordenada a la detención, es decir, como método de información y/o control general²⁰.

Y no cabe desdeñar otra posibilidad: que tal pretendida laguna no sea sino la consecuencia de una prohibición²¹; así, por ejemplo, toda la violencia que no quepa encuadrar dentro de la legítima coacción directa o todos los allanamientos de domicilio, contra la voluntad del morador, y que se practiquen sin mandamiento judicial o sin que medie flagrante delito, en tiempos o situaciones de normalidad institucional, pueden considerarse lagunas, pues podría dejarse a un detenido a pan y agua hasta que confesara o podría irrumpirse en un domicilio para comprobar que sus moradores no cometen delito alguno. Sin embargo, tales prácticas están proscritas tanto por el artículo 15 CE como por el 18.2.

Podría ocurrir, con todo, que estuviéramos ante una *auténtica laguna*, es decir, ante un supuesto de intervención consensuado, pero sin cobertura legal. En tal caso, procede lisa y llanamente la *abstención*. Existe un argumento para la Policía Judicial que es de alcance general

¹⁷ Vid. KLUG, *Rechtslücke*, cit., pp. 189, 204.

¹⁸ No es un problema lógico, sino político (así, KLUG, *Rechtslücke*, cit., p. 201), por lo que no corresponde a quien no está legitimado para diseñar el panorama normativo colmar dicha laguna.

¹⁹ Sobre la retención, cfr. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual*, cit., pp. 83 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, «La retención policial es una detención inconstitucional», en *Actualidad Penal* (38), 1989, *passim*.

²⁰ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual*, cit., pp. 93 y ss.

²¹ Igualmente, KLUG, *Rechtslücke*, cit., p. 202, con la explicitación lógica del llamado *fundamento negativo* del Derecho penal, que, lógicamente, es extensible al resto de los sistemas sancionadores o restrictivos o ablativos de derechos; por tal fundamento negativo se entiende que lo no previsto (=castigado) por el sistema queda al margen (=impune) del Derecho (=espacio libre de Derecho).

para todas las policías y que refuerza el criterio del principio de habilitación tasada. Así es: el artículo 2 CP proscribe a los Tribunales que juzguen supuestos que no estén estrictamente previstos en dicho cuerpo punitivo, absteniéndose de todo procedimiento pese a la valoración negativa que un hecho concreto pudiera inspirar; se trata, como es de todos conocido, de la confirmación del principio de legalidad penal. Pues bien, si el Juez no puede actuar ante hechos que él personalmente o el común de las gentes consideren ilegítimo, pero que no está legalmente previsto como comportamiento punible, poco sentido tendrá que un policía judicial actúe de prevención sobre hechos que después no van a poder ser objeto de enjuiciamiento por falta de cobertura legal. Si esta argumentación es aplicable a los policías judiciales, igualmente lo será *mutatis mutandis* al resto de funcionarios policiales que desempeñen otras funciones ajenas a la criminal: si tal principio rige para los supuestos más gravemente intolerables para el ordenamiento jurídico, los delitos, con mayor fuerza deberá regir para infracciones o quebrantamientos que indudablemente son de menor calado al no tener una respuesta penal.

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

Por *principio de legalidad o de habilitación legal*, que nace de los artículos 9.3 y 103.1 CE para lo que aquí interesa, se entiende la atribución por una Ley, o norma con fuerza de Ley, a un poder público de una determinada potestad de intervención sobre los derechos de los particulares, especificando, además, los supuestos en que tal potestad ha de emplearse y los medios legales que se ponen a disposición de los agentes que han de aplicar aquellas previsiones legales. No hay que decir que no todas las actuaciones públicas vienen diseñadas con el mismo rigor técnico, ni siquiera con el rigor que sería deseable en atención a los bienes jurídicos en juego, algunos de ellos de índole eminentemente vital; tal es el caso de la utilización de las armas de fuego²² por parte de los agentes policiales, lo que lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a juegos malabares de sobreentendidos; pero, como de este tema ya nos hemos ocupado con cierta extensión en otros lugares²³, se rememora aquí únicamente como paradigmático botón de muestra.

Por *Ley*, en nuestro Estado de Derecho, se entiende una disposición normativa emanada del Parlamento. Por lo tanto, son Ley, a estos efectos, la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes orgánicas y las Leyes ordinarias, tanto las estatales como las autonómicas. Nuestro sistema jurídico reconoce, además, disposiciones gubernamentales con

²² Cfr., a este respecto, DENNINGER/BEYE, *Rechtsgutachten zum Waffengebrauch der Polizei*, Frankfurt del Meno, 1970, *passim*.

²³ Vid. mi «Coacció directa i justificació (Tirar a matar)/Coacció directa y justificació (Tirar a matar)», en *Policia i Constitució/Policia y Constitución* (E. JIMÉNEZ QUINTANA, ed.), Barcelona, 1987, pp. 37 y ss./121 y ss.

fuerza de ley: los decretos legislativos y los decretos-ley²⁴. Por contra, *no* se reconoce a los *reglamentos* capacidad suficiente —fuera del ámbito de autoorganización administrativa— para generar competencias de actuación. Esto es consecuencia del pleno sometimiento de la Administración —y de los Tribunales por controlarla— a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE)²⁵. Lo acabado de decir resultaría extravagante, por recordar lo archisabido, si no fuera porque a la vista salta que la realidad no siempre concuerda con lo reiterado.

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

Con lo acabado de exponer se reafirma una *consecuencia* del máximo interés: *la ley es el único medio de limitación de derechos de los ciudadanos*. La habilitación legal vale a la hora de otorgar competencias a los poderes públicos. Ahora bien, cuando se trata de regular competencias que supongan cargas, gravámenes, restricciones o ablaciones de derechos subjetivos de los ciudadanos, en la misma o en otra disposición debe contemplarse la imposición general de ese deber de soportar o de colaborar. Aquí tampoco vale el que dicho deber venga impuesto por un reglamento sin amparo legal. El brocardo *princeps legibus solutus* (Ulpiano, *Digesto*, 1, 3, 31) resulta hoy insostenible, salvo que por *princeps* se entienda quien es en la actualidad el soberano, es decir, el pueblo, y más concretamente, ejerciendo la función de constituyente²⁶.

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

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

²⁴ Con el enunciado del texto se supera, en parte, el toscó artículo 3 CC sobre nuestro sistema de fuentes; en sentido similar, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., pp. 468 y s.

²⁵ Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 200 y s., 761 y s.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., I, pp. 195 y s., 216 y ss.

²⁶ Cfr. el sugerente planteamiento respecto al poder constituyente de OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 53 y ss. (55).

Aunque pudiera parecer chocante la tesis acabada de formular, no comparto, por simplificadora e inexacta, la aporía de que a todo derecho le corresponde un deber, y viceversa. Con todo, conviene, en primer lugar, efectuar unas precisiones terminológicas para evitar malentendidos. En efecto, el diseño legislativo de las técnicas limitadoras, restrictivas, suspensivas o ablatorias de derechos consiste en la imposición de cargas o gravámenes a la situación del ciudadano mediante el establecimiento de un deber, y no, en cambio, de una obligación; dicho de otro modo: el comportamiento dibujado en el deber no supone la existencia de una relación jurídica, cuyo envés lo constituya un derecho subjetivo que sí sería correlativo a una obligación; se impone dicho deber, desde una perspectiva abstracta, en función del interés general; deber se contraponen, pues, a potestad. El servicio militar, las cargas fiscales o la función social de la propiedad tienen esta consideración de deber²⁷.

Pero en segundo lugar, y esto es importante, sucede en ocasiones que si bien se dota a los poderes públicos, aquí a la Policía, de un catálogo de misiones y potestades, no se ha efectuado una correlativa asignación de deberes a los ciudadanos²⁸.

Tomemos un ejemplo paradigmático: la detención. *Ope legis*, esta actuación es una obligación de la policía, dados los requisitos del caso (art. 492 LECr). Ahora bien, el delincuente no tiene deber alguno ni de dejarse detener ni de atender a las voces de «alto» que le profieran los funcionarios. Es más, no atender tales mandatos no constituye delito alguno en sí (cosa diferente es que agrede a los funcionarios), y, si ha sido aprehendido y llevado a comisaría, su fuga de la misma es impune²⁹. Arguméntese como se quiera las razones que abonan la configuración legal española —que no es especialmente proclive a dotar de un excesivo espacio jurídico al presunto delincuente—, lo cierto es que no se halla un solo *precepto* de carácter *legal* que imponga el *deber de dejarse detener*.

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

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., II, p. 33.

²⁸ Cfr., con carácter general, el mismo, *ibidem*; con especial referencia a la función policial, vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas*, cit., p. 623, quien distingue entre *aufgaben* (misiones) y *Befugnisse* (potestades) de la policía, siguiendo a Götz y Denninger. Sin embargo, considero que el punto crucial no es esa, por lo demás acertada, aunque minoritaria, distinción, sino que de forma directa —y no indirecta o inmanente [así, DÜRIG, «Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Massnahmen», en *AöR* (79), 1953-54, *passim*; el mismo, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, «Art. 2 I GG» (1958), en *Grundgesetz. Kommentar*, 61989, nn. mm. 81 ss.]— se establezca por Ley el deber del ciudadano y los modos concretos por los que poder cumplir con la obligación una vez que se actualice aquél.

²⁹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, II, Barcelona, 1987, p. 700; VIVES ANTÓN, en *Derecho penal. Parte especial*, I (VIVES, coord.), Valencia, 1988, pp. 296-297.

¿Serían los policías que detuvieran a presuntos delincuentes, pues, los únicos inquilinos de las cárceles españolas? Estas preguntas no son sino un planteamiento demagógico, propiciador del caos social. Y nada más alejado de los planteamientos jurídicos propios de un Estado de Derecho³⁰.

Así es: el policía tiene la obligación de detener a los presuntos delincuentes, y éstos, por contra, *no tienen de deber* de dejarse detener. La razón de la legalidad y legitimidad de ambas posiciones, que acaba, por lo general, con la detención del presunto delincuente, estriba en la propia esencia de la función policial. La Policía actúa ante situaciones de hecho y sin relación jurídica previa³¹ con los receptores de su actividad. Por ello carece de sentido imponer el deber de dejarse detener a tales eventuales receptores de la función policial. Y ello sin olvidar que la presunción de inocencia, contitucional y procesalmente recogida y amparada, empieza por no dejarse atrapar³².

Dicho con otras palabras, y generalizando para el resto de los supuestos estructuralmente idénticos (entrada y registro, observación telefónica o postal, registros corporales³³ ³⁴, etc.): de la ponderación entre la idea de seguridad colectiva y de libertad individual, el legislador no toma expreso partido por ninguno, salvo que el delincuente se sustraiga violentamente a la realización ajustada a Derecho de la función policial (o judicial)³⁵. Se produce un empate que se confía se solucionará en virtud de la racionalidad del presunto quebrantador, pues se le supone sabedor de la dotación legal de fuerza con que se inviste a la Policía, que puede utilizar legítimamente, si se entorpece el ejercicio de su función por el destinatario (u otros terceros) de su actuación.

Esta explicación no supone la derogación de la regla general que exige habilitación legal de los poderes públicos y legalidad en la imposición de las cargas, gravámenes u otras limitaciones de la libertad de los ciudadanos, sean presuntos delincuentes, delincuentes convictos o de

³⁰ En sentido similar, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., p. 210.

³¹ Vid. STC 98/1986.

³² Vid. SSTS 28-1-1982, 17-9-1988; cfr., además, JIMÉNEZ ASEÑO, «El procedimiento contra reos ausentes hoy, 1980», en *RDPI*, 1980 (4), p. 681, con reticencias: con toda claridad ya, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, II, Madrid, 1963, p. 488.

³³ Aquí, la STC 37/1989 se ha adelantado a la regulación (inexistente hasta la fecha) legal.

³⁴ Considerar, como lo hace respecto de este concreto problema la Instrucción 6/1988 del Fiscal General del Estado —apartado III—, que la negativa a someterse a un registro corporal e íntimo ordenado por el Juez competente es constitutivo de un delito de desobediencia no parece de recibo; ello supone llevar sin base legal específica demasiado lejos el deber de colaboración con la Justicia; no obstante, nada se opone a que, como ultima ratio, el Juez —y sólo el Juez— ordene el registro corporal o que de la negativa se infiera, si los hechos lo permiten, una conclusión lógicamente aceptable.

³⁵ Vid. STS 18-4-1988, que acertadamente revocó la condena por resistencia y desobediencia de que había sido objeto en instancia el sujeto que se negó a franquear la entrada a los policías desprovistos del pertinente mandamiento judicial.

cualquier otra categoría. Lo que se ha expuesto no es sino el diseño de otra *estructura relacional pública* que no se basa en la predeterminación de un deber o de una obligación del receptor de la actividad de los agentes, puesto que no existe relación jurídica que ligue al funcionario y al particular con anterioridad a la intervención del primero, dado que los agentes públicos actúan ante meras *situaciones de hecho*. Se parte, para salir del posible *impasse*, de la información al ciudadano mediante la promulgación de un Ley, de las potestades policiales y de su virtualidad restrictiva de derechos.

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

Esta *doble fuente de habilitación objetiva y operativa* supone algo del mayor interés: la Policía en ninguna de sus fases está habilitada para actuar ante hechos que no sean delictivos como si lo fueran y no está habilitada para proceder contra los hechos que revistan caracteres punibles fuera de los cauces que la legislación penal y procesal le ha conferido (arts. 9.1 y 3, y 104.1 CE, 1 y 2 CP, 297 III LECr, 1.1 y 2 CP y 11.1.g) LOFCS). Por recordar unos ejemplos: es ilícito practicar la detención de alguien a quien se le imputa o un hecho que el funcionario sabe que no ha cometido o cuya supuesta comisión no es delictiva; es igualmente ilícita la observación telefónica sin autorización judicial previa o sin confirmación de ésta en los supuestos excepcionales (arts. 55.2 CE, 18 y 32.3 LOAES y 579.4 LECr). Desde mi perspectiva, la valoración efectuada no podría ser objeto de contradicción más que con la alteración normativa que habilita las actuaciones puntuales de los poderes públicos, alteración que en no poca medida afectaría al propio texto constitucional.

3. Sin embargo, pese a la contundencia del planteamiento formulado, no puede decirse que no existan propuestas o prácticas habituales, más o menos encubiertas, que tendentes a la autonomización y sustracción al control normativo³⁶ de los poderes públicos, que persigan obtener

³⁶ Para DENNINGER, «Polizei und demokratische Politik», en DENNINGER/LÜDENSEN, cit., p. 149, los órganos policiales están sometidos como el resto de los órganos administrativos al principio básico del principio de legalidad de la Administración. Lo contrario —opino— sería sorprendente. Al planteamiento contrario y claramente dominante hasta 1945 no es en absoluto ajeno O. Mayer; vid., a este respecto, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas*, cit., pp. 605 y ss.

ner una legitimación operativa universal, cuando parece desechado el apoderamiento basado en la cláusula de salvaguarda del orden público.

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

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

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

La equiparación³⁷ entre Policía y Poder Judicial en materia de acatamiento de sus resueltos no se sostiene en pie. Dejando de lado cuestiones técnicas, pero de no poca trascendencia, como la estructura de los mandatos, su ejecutoriedad e impugnabilidad, lo cierto es que ni la Policía ni ningún otro poder público puede establecer lo que sea Derecho en cada caso, algo que sí es competencia exclusiva y excluyente de los órganos judiciales (art. 117.3 y 4 CE). No teniendo tal potestad, mal se puede exigir ese tener que pasar por lo resuelto, pues, aun sin oponer a ello razones político-constitucionales de fondo, pero evidentes, dejaría en nada el control jurisdiccional de su actividad, que tiene rango constitucional (art. 106.1 CE) y no sólo en vía contencioso-administrativa.

Podría pensarse, no obstante, que con esta directriz la Policía cuenta con una fuente habilitadora de nueva creación. No parece ello cierto ni coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, ese deber de colaboración, genérico o específico, lo es «en los términos previstos legalmente», y esta previsión legal todo lo más es la contenida en las figuras denominadas de infracción del deber de socorro (arts. 489 ter, 586.2 CP), infracciones penales que para ser apreciadas requieren un complejo juego de mecanismos³⁸, habiendo pasado esta última figura, tras la reforma operada por la LO 3/1989, a ser perseguible sólo a instancia de parte, es decir, del tercero en cuyo favor se recaba el auxilio.

Cabría pensar que quizás cabría recurrir a las figuras reguladoras de la desobediencia (arts. 237 y 570, 1.º y 2.º, CP). Pero para que se pueda dar la desobediencia punible es necesario que *quien ordene pueda ordenar lo que ordena*³⁹ y que el llamado a obedecer tenga legalmente asigna-

³⁷ En la base de esta equiparación «material», además, se da una desconfianza hacia el Poder Judicial, no tanto por motivos de ideología política, sino por considerar que el citado Poder está alejado de la realidad y se refugia en lo formal; así, la Policía sería el poder que estaría más cerca de la realidad y en condiciones de realizar mejor una justicia material; cfr., críticamente, DENNINGER, «Gewalt, Inneresicherheit und demokratischer Rechtsstaat», en DENNINGER/LÜDERSSEN, cit., p. 178.

³⁸ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 21985, p. 260.

³⁹ Cfr. SSTS 25-2 y 18-4-1988; además, mi *Obediencia*, cit., pp. 189 y ss.

da tal obligación. Para lo que aquí interesa, cuando un miembro de la Policía ordena a un particular algo que lesiona sus derechos y libertades públicos fundamentales sin más habilitación que el artículo 4 LOFCS, no está mandando lo que puede mandar, pues no tiene ningún referente jurídico más que su propia autoridad en sí. En líneas generales, no engendrará responsabilidad ninguna la conducta del ciudadano que se niegue a franquear la entrada a funcionarios de la Policía Judicial, si no media una de las razones o causas del artículo 18.2 CE⁴⁰; en cambio, puede engendrarse responsabilidad penal por parte de ese ciudadano, si no permite que sea auxiliado en su casa un herido o que los agentes llamen por teléfono a una ambulancia, aunque para ello tengo que penetrarse en el domicilio del particular. En este segundo supuesto no se pone en tela de juicio el derecho a la intimidad doméstica, familiar y personal, sino que está en liza un interés diferente: la integridad física de las personas; en tal caso la más elemental ponderación de males en juego impone la solución de la inmisión domiciliaria, que de llevarse a cabo, sí comportaría responsabilidades penales; estas responsabilidades sí tendrían que ver ahora con la omisión del deber de socorro para el particular y, eventualmente, para los agentes, si se contentan con la negativa injustificable de aquél. Pero esta actuación policial ha de ser practicada y soportada por el particular, tanto si existiera el citado artículo 4 LOFCS, como si no; este precepto únicamente actúa como recordatorio de un deber ya existente y no como generador de uno nuevo.

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

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

⁴⁰ No basta, desde luego, un pretendido mandamiento verbal, comunicado por teléfono a los agentes, tal como acertadamente determinó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7-6-1985.

debe proporcionar al Juez es defectuoso, y éste, como prueba, no lo puede tener en cuenta, mal servicio se hace a la lucha contra el delito.

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

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

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

el constituyente ha diseñado un sistema con las pertinentes cláusulas de seguridad; únicamente apelando al expediente de la *proporcionalidad* (STC 37/1989, f.j. 8, con toda claridad) podría atemperarse el posible daño injustificado. Pero ello no es óbice para considerar que fuera de las constelaciones típicas no existe posibilidad legítima de injerencia, pues, pudiéndose haber estandarizado determinada actuación pública respecto de un derecho o derechos en determinados supuestos, no se ha hecho.

En materia de derechos y libertades públicos fundamentales, admitir el estado de excepción más allá de lo tasado legalmente —y nuestro ordenamiento es especialmente generoso en excepciones— supone dejar sin efecto ese mismo ordenamiento, quedando al albur de la intención del agente la integridad de aquellos derechos y libertades públicos fundamentales. *En un Estado de Derecho no existen más limitaciones a dichos derechos y libertades que los constitucionalmente legitimados, es decir, los previstos por el mismo texto máximo o los por él autorizados y en esos propios términos*⁴¹.

5. Existe una última vía que, recogiendo una extendida creencia, sostiene como factores habilitantes las *eximentes del Código Penal*, cuando no pueda justificarse en virtud de las disposiciones propiamente policiales la actuación de los agentes⁴². Esta concepción, muy explicitada pero también muy combatida por el Derecho y la doctrina alemanes, me ha permitido denominarla en castellano como *la subsidiariedad de los derechos de defensa y de necesidad*⁴³.

Sin entrar a polemizar con los partidarios de esta corriente, ha de quedar bien sentado un extremo: lo que permite justificar jurídicopenalmente, es decir, lo que permite considerar que de la conducta concreta de un policía concreto no puede predicarse antijuridicidad penal, es que ésta haya obrado en cumplimiento pleno del ejercicio de su car-

⁴¹ Vid. la STC 150/1989, f.j. 5. Para AMELUNG, «Erweitere allgemeinen Rechtfertigungsgründe, in besondere § 34 StGB», en *NJW*, 1977 (19), p. 835, al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* debe acompañarle otro de *ninguna injerencia sin ley*. En materia de derechos y libertades, esta opinión es plenamente suscribible. Por su parte, GÖTZ, *Polizeirecht*, cit., p. 134, considera acertadamente, como se ha señalado ya, que el incumplimiento de los requerimientos policiales tendentes a prestar auxilio tienen su base en el Código penal y por él se norman; por el contrario, han de matizarse sus afirmaciones sobre el estado de necesidad policial; en efecto, si bien resulta en principio aceptable la actuación sobre terceros no responsables en materia de disolución de manifestaciones, es más discutible la tercera y última apertura que considera en este contexto: el acogimiento obligatorio de indigentes y desamparados, en la medida en que supone, al menos en nuestro Derecho, una injerencia en la libertad; esta facultad policial debe ser objeto de análisis pormenorizado, lo cual no es aquí, evidentemente, posible.

⁴² Esta es la posición claramente dominante en Alemania entre los penalistas; vid. mi *Coacción directa*, cit., pp. 40/124; en cambio, los administrativistas parecen inclinarse más por la solución del texto (*ibidem*).

⁴³ *Ibidem*. La expresión, tomada de los textos legales así diseñados, fue acuñada, y censurada, por BLEI, «Probleme der polizeilichen Waffengebrauch», en *JZ*, 1955, p. 626.

go⁴⁴. Para determinar qué sea ejercicio del cargo en el caso concreto que nos toque considerar hay que acudir a la regulación de la función y misiones de la policía contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la expresión «ejercicio del cargo» (o, si se quiere, con menor precisión, «cumplimiento de un deber»), contenida en el artículo 8, 11.ª, CP, es un *concepto normativo*; o sea, una expresión que requiere ser llenada de contenido acudiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que, si la función ha sido ejercitada de acuerdo a los parámetros que norman la función policial, y por más que se haya producido una lesión en un bien jurídico-penalmente protegido, no puede decirse que dicha conducta sea penalmente antijurídica. Acudir al amparo abstracto del ejercicio del cargo es, pues, lógicamente inoperante.

Vistas así las cosas, no puede admitirse en nuestro Derecho que la Policía —o cualquier otro agente público— pueda cobijarse al abrigo de las causas de justificación penales de la legítima defensa o del estado de necesidad. Aquí valga decir únicamente que la idea motor de la legítima defensa es la necesidad de la defensa y la del estado de necesidad la proporción entre el mal que se causa y el que se pretende evitar. Si ello es así —y parece que existe suficiente consenso como para sostenerlo—, supone algo que los partidarios de la subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad pasan por alto: para el policía, la legítima defensa y el estado de necesidad son o muy amplios o muy estrechos⁴⁵. La desmesurada amplitud es contraria a la idea de proporcionalidad⁴⁶ y especialidad del derecho ablativo del Estado en materia de libertades y derechos

⁴⁴ En idéntico sentido, cfr., sólo, AMELUNG, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 835; KRÜGER, *Polizeilichen Schußwaffengebrauch*, Stuttgart/Munich/Hannover, 1982, pp. 87 y ss.

⁴⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Coacción*, cit., pp. 42-126; QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual*, cit., pp. 150 y ss. Vid., además, como muestra, la STS 24-6-1988, que, aunque llega a la solución que se estima correcta, incurre en la confusión rechazada y que es tradicional es nuestra doctrina jurídico-penal preconstitucional; a este respecto, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal* (1952), IV, Buenos Aires, 1976, pp. 95 y s., 563 y ss. (556); QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, p. 389. En la actualidad la situación ha evolucionado, deslindando claramente los campos de cada eximente y manteniendo que el Código penal *no es una nueva* causa de justificación; así, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 168 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 413, 417; CORO DEL ROSA/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1987, pp. 323 y 332 por n. 33; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Valencia, 1989, p. 109.

Por su parte, KNÖCKE, «Betriebliche Ordnungsgewalt in Raumllichkeiten des Verwaltungsvermögens», en *AöR* (94), 1969, p. 395, afirma que para los poderes públicos las categorías de la legítima defensa y el estado de necesidad son erróneas. Cfr., además, el clásico Tratado de DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, I, 1975, quienes llaman la atención sobre el hecho de que si se consideran en vigor los derechos de defensa y necesidad para los funcionarios de policía, éstos dejarán de estar sujetos al principio de proporcionalidad y, pese a que el arma de fuego les es proporcionada por el Estado, actuarían como particulares, lo cual es un contrasentido flagrante (p. 332); para que exista, pues, la exención de responsabilidad criminal ha de haberse cumplido con los requisitos contenidos en las normas policiales (pp. 332 y s.).

⁴⁶ Vid. DENNINGER, *Polizei und demokratische Politik*, cit., p. 161.

públicos subjetivos⁴⁷; la estrechez supone caer en una indefensión de la sociedad y de los individuos y grupos que la integran. Sólo dentro de la exigente de ejercicio del cargo encuentra la actuación policial su justa valoración jurídico-penal y la correcta exclusión de la responsabilidad criminal del agente cuando proceda, lo que, en los más de los casos, es la regla general.

Si, como sabemos, la actuación policial es fundamentalmente una actuación sometida a Derecho administrativo, pudiendo incluir entre tales relaciones la existente entre Juez/Fiscal-Policía Judicial, dicho ordenamiento es un ordenamiento especial, desgajado expresamente del Derecho común. Esta especialidad implica, y los administrativistas se encargan de recordarlo, que la Administración cuando actúa sometida a Derecho administrativo se rige exclusivamente por éste⁴⁸, salvo remisión o lagunas. En la regulación de la función policial no se encuentra ni una tal remisión⁴⁹ ni tal laguna; pues no puede ser calificado de laguna el que, por ilegítima, no pueda calificarse positivamente la conducta de un funcionario policial, aunque, si se tratara de un particular, sí cupiera hacerlo por serle de aplicación la legítima defensa o el estado de necesidad⁵⁰. Admitir esa prolongación en favor del funcionario incapaz profesionalmente sería lo mismo que juzgar por el mismo rasero ante idéntico accidente automovilístico al conductor dominguero, poco ducho, que al piloto de carreras cuando conduce su vehículo particular. El más elemental sentido común, y por tanto el Derecho, son de la opinión de que se ha de ser mucho más estricto con el piloto que con el dominguero. Lo mismo, en consecuencia, ha de ocurrir con el policía.

V. Como tercera y última parte de este trabajo debe hacerse una referencia al llamado *principio de oportunidad*, aunque sin entrar, pero sin olvidarla, su conexión con el principio de igualdad⁵¹.

1. Así como la necesidad supone un desbordamiento disfuncional e ilegítimo del principio de legalidad, dejándolo en papel mojado cada vez que interese, el de oportunidad opera en sentido contrario. En efecto, si bien la necesidad hace referencia al cuándo y al porqué de la actuación

⁴⁷ Así, AMELUNG, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 835; el mismo, «Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm», en *NJW*, 1978, p. 624.

⁴⁸ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., pp. 37 y s.

⁴⁹ Aunque sí en los proyectos germano-federales de una Ley Unitaria de Policía; cfr. HELSE/RIEGEL, *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*, Stuttgart, 1976, pp. 110 y s. En Derecho español no existe una prescripción legal de esa índole, aunque la dicción del artículo 5.2.d) LOFCS, al anteponer en la función policial la defensa del propio funcionario a la del orden jurídico (empezando por la de sus conciudadanos), no es excesivamente feliz.

⁵⁰ Por ello hablan, censurándolo, de una reserva mental del funcionario, pues no se sabría cuándo actúa el amparo de qué normativa. BLEI, *Probleme*, cit., p. 630; KRÜGER, *Schußwaffengebrauch*, cit., p. 88.

⁵¹ Cfr., a este respecto, GÖTZ, *Polizeirecht*, cit., p. 134; igualmente, SCHMIDT-JORTZIG, «Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei», en *NJW*, 1989, pp. 133 y s.

policial, el principio de oportunidad hace referencia al *si*, es decir, a si es conveniente proceder a la actuación⁵². Por lo tanto, la oportunidad puede entenderse de forma absoluta y relativa: de forma absoluta supone una dejación total de persecución de un hecho determinado o una clase de hechos determinados; de forma relativa supone limitar la capacidad de actuación a las necesidades del momento. En definitiva, de uno u otro modo, la oportunidad supone no cumplir con la legalidad, limitando su alcance efectivo a un número de supuestos, por calidad y cantidad, menores de los que resultaría de una más exacta correspondencia entre el diseño legal y los hechos realmente acaecidos⁵³.

Esta discrepancia entre catálogo legal y actos realizados sobre la realidad no es, en principio, alarmante; existe una discrepancia tendencial inevitable: no todos los hechos antijurídicos que se cometen pueden ser captados por la Policía, ni todos los que capta puede esclarecerlos satisfactoriamente⁵⁴.

Centrándonos en el aspecto estrictamente criminal existe la llamada cifra negra de criminalidad⁵⁵, de diverso volumen según los delitos, y una cifra de archivo igualmente respetable, también en función de determinados tipos de delitos. Estos imponderables y la siempre alegada falta de medios personales y materiales hacen que la Policía tienda a seleccionar las conductas criminales sobre las que va a operar; esta selección es en la que se piensa cuando se habla de oportunidad; y esta selección es, como ya se ha apuntado, de doble alcance: habrá unos tipos de hechos que nunca se van a investigar —o prácticamente nunca (sustracciones de efectos en automóviles, reventones de pisos...)— y existirán otros tipos de hechos que son llevados ante el Juez competente eventualmente (pequeños delitos relativos al tráfico de drogas, por ejemplo).

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

Sea como fuere, una serie de profesionales del delito⁵⁶ saben que, o

⁵² Un criterio diverso al aquí sustentado, englobando aspectos de la necesidad, el mismo, *op. cit.*, p. 133, manifestando que el principio de oportunidad es el principio de actuación policial por excelencia.

⁵³ Vid. ya el significativo título del trabajo de BAUMANN, «Grabgesang für das Legalitätsprinzip», en *ZRP*, 1972, pp. 272, 275.

⁵⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, Madrid, 1988, p. 150.

⁵⁵ Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ *Ibidem*.

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

En otro lugar ya me he ocupado de las posibles implicaciones jurídico-penales, es decir, de la aparición del delito de favorecimiento de la delincuencia (art. 359 CP)⁵⁷, y no voy ahora sino a recordar que, en puridad, no es una figura legal de absoluta improducción, aunque las necesidades reales de un servicio determinado pueden ser causa de atipicidad más que de justificación.

2. Junto a estos supuestos de intervención del principio de oportunidad, basados en deficiencias del sistema⁵⁸, nos hallamos ante otras manifestaciones del mismo principio, pero de mucho mayor calado. Me refiero a la *aplicación de la técnica de la oportunidad a la política criminal*.

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

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

Sucede, no obstante, que la cobertura para la efectividad de la oportunidad, pese al otorgamiento de la citada discrecionalidad, es, pese a todo, *desde el punto de vista normativo*, mínimo y se limita a la práctica o no de la detención, pero no al despliegue de lo que se entiende por oportunidad en las nuevas tendencias del proceso penal⁵⁹. En síntesis, el

⁵⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *El policía y la Ley*, Barcelona, 1986, pp. 47 y ss.

⁵⁸ Vid. DÜRIG, «Art. 3 I GC», en *Grundgesetz*, cit., n. m. 413 f., quien habla incluso de oportunismo oficial.

⁵⁹ Cfr. una acabada exposición de la regulación, por intentar conciliar la prevención especial con el derecho de la víctima, en ROXIN, *Strafverfahrenrecht*, Munich, 1987, pp. 48 y s. (posición del Ministerio Fiscal), 68 y ss. (principio de legalidad en materia procesal). Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en «Protección Jurisdiccional de los Derechos y Libertades Públicos», *Poder Judicial*, número especial, IV, 1989, pp. 32 y ss., aboga por la regulación de dicho principio partiendo de su realidad en la práctica cotidiana forense.

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

Pudiera entenderse, con todo, que la oportunidad sí pudiera desempeñar un papel significativo en caso de que, una vez practicada la detención y completado el atestado, los agentes responsables pusieran en libertad al detenido, emplazándole ante el Juez competente para comparecencia. Esta posibilidad, atendida la gravedad del hecho imputado, por un lado, y por otro, la certeza de que el sujeto comparecerá al ser llamado por el Juez, puede desempeñar sin transformación legal alguna un papel de relieve en la práctica cotidiana de la Policía y de la Justicia penal. Permite compatibilizar el aseguramiento de la acción punitiva del Estado —de ahí la naturaleza cautelar de la detención— con el de la libertad personal, que incluso, en el artículo 520.1 LECr, al referirse a la menor dañosidad de la medida en su ejecución y a su menor duración posibles, deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Estatuir que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y que dentro de los plazos establecidos en la Ley, y, en todo caso, en el máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, que no es sino la reiteración del artículo 528 III LECr. *La finalidad de la detención se cumple sin necesidad del traspaso simultáneo a la autoridad judicial de la persona del detenido y del atestado*. Es más: ésta es una previsión, además de legal, constitucional: el artículo 17.2 *in fine* de la CE establece como alternativa la puesta en libertad del detenido o su entrega al Juez competente —precisamente por este orden— y sin que ello suponga alteración alguna de índole procedimental. Dicho con otras palabras: la puesta en libertad del detenido por la propia fuerza actuante no supone el que contra aquél no vaya a seguirse una actuación penal; tal se seguirá, si la denuncia que constituye el atestado policial se presenta ante el Juez y éste acuerda la prosecución de las actuaciones, ahora ya judiciales.

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

Esta puesta en libertad, pero a disposición del Juez, es la única posi-

bilidad no especulativa que en la actualidad existe, a mi modo de ver, de margen legal para la práctica del principio de oportunidad en sede policial. Otros supuestos que ofrece el Derecho comparado; singularmente, el archivo anticipado de la causa en atención a las condiciones del caso y de la persona del culpable, son supuestos de oportunidad codificada, sobre los que no es necesario entrar aquí, salvo para mencionar que, tanto en los supuestos en que tal archivo lo decide el Tribunal como, con reservas, el Ministerio fiscal, nunca es la Policía a quien corresponde decretar el archivo; aunque, obviamente, nada impide que lo proponga⁶⁰.

Lo cual quiere decir que, dejando de lado los aspectos funcionales de la selección delictiva por parte de los agentes, el margen jurídico de oportunidad que el ordenamiento reconoce no es significativamente grande. El legislador parece que ha querido ceñir la actuación policial lo más estrictamente posible al principio de legalidad, dejando a otros estamentos, y específicamente en la fase terminal del procedimiento, los aspectos más claramente discrecionales: prefiere que la no verificación del castigo a que ha sido mercedor un sujeto tenga lugar cuando este sujeto ya ha sido juzgado. Si bien la tardanza del momento en que las fases alternativas al castigo para ciertos supuestos entran en juego es muy intensa en Derecho español, no puede caerse en el extremo contrario y, salvo el supuesto ya mencionado de la puesta en libertad por parte de la Policía tras practicarse la detención, el ejercicio de la acción penal, tanto pública como privada, no puede quedar al arbitrio de un Poder que no sea el encargado de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, o de someter a su autorización la retirada por motivos tasados de la acusación pública.

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

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

⁶⁰ Críticamente, en general, LÜDERSEN, «Grenzen des Legalitätsprinzips im effizienz-orientierten modernen Rechtsstaat. Schluckt das Verfahrensrecht die sicheren Funktionen des materiellen Rechts?», en DENNINGER/LÜDERSEN, cit., pp. 220 y ss.; un resumen de las críticas, de las que participa, respecto a la no siempre prescrita intervención del órgano judicial y de la vulneración del mandato de determinación, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 73. Vid., además, *in extenso*, SCHMIDT-JORTZIG, *Möglichkeiten*, cit., pp. 137 y s.

