

I. ESPAÑA

LA REGLAMENTACION SOBRE ARMAS Y LA LEY DE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA (*)

SUMARIO: 1. Planteamiento: A) Autorización, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.—2. El artículo 18 de la Ley.—3. Infracciones.—4. Potestad sancionadora de la Administración.—5. Principio de «Non bis in idem».—6. Consideración final.

1. El texto de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 13 de febrero de 1992, no difiere del presentado por el Gobierno en el mes de junio de 1991 en lo que respecta a los dos artículos (6 y 7) que componen la Sección Primera (Armas y Explosivos) del Capítulo II (Medidas de Acción Preventiva y Vigilancia).

El contenido de dichos artículos no aporta ninguna novedad sobre la legislación administrativa vigente en la materia. En efecto, las disposiciones contenidas en el Reglamento de Explosivos (aprobado por RD 2114/1978, de 2 de marzo) y en el Reglamento de Armas (aprobado por RD 2179/1981, de 24 de julio) contemplan ya de una manera, a mi juicio, suficiente la materia que ahora pretende regularse por Ley.

¿Cuál es, entonces, el sentido de los dos artículos referidos? Parece claro, o por lo menos así me lo parece a mi, que sólo puede deberse a dos motivaciones:

- 1.^a O que el Gobierno pretende elaborar una nueva reglamentación, por considerar a la actual insuficiente, o,
- 2.^a Que el actual Reglamento de Armas tiene una naturaleza jurídica muy discutible, y, por eso, era necesario incluir esta materia en la Ley; mucho más al derogarse ahora la antigua Ley de Orden Público.

A ambas posibles motivaciones me referiré por separado.

(*) Ponencia presentada en el «Seminario sobre el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana» celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 10 a 18 de diciembre de 1991.

A) Sobre la *primera motivación* conviene precisar que una atenta lectura del artículo 6 de la Ley contempla materias claramente reguladas en los Reglamentos de Armas de 1981 y de Explosivos de 1978. En cuanto a las *armas*, se distingue: a la fabricación de armas se refieren los artículos 7 a 22 del RA; a su reparación el artículo 23; a sus imitaciones, el artículo 6.3; a su circulación y comercio, los artículos 29 a 70; a su adquisición y enajenación, los artículos 45 a 58 y 87 a 90, respectivamente; a su tenencia y utilización, los artículos 82 a 86; a las medidas de control y seguridad, los artículos 71 a 81; a las inspecciones y comprobaciones en locales de fábricas, talleres, depósitos o comercios, los artículos 2 a 4, etc.

En lo que se refiere a la materia de *explosivos*, de manera similar a lo señalado para las armas, a ellos (así como a la cartuchería y artificios pirotécnicos) se refieren los artículos 9 a 12, 13 a 16 y 17 a 19, respectivamente, del Reglamento de Explosivos; a su circulación, los artículos 207 a 211; a su almacenamiento o depósito, los artículos 148 a 166; a su adquisición, los artículos 187 a 206; a medidas precautorias, los artículos 79 a 100; a inspecciones y comprobaciones en fábricas o talleres, los artículos 101 a 124, etc.

De una manera análoga puede operarse con el contenido del artículo 7.1 a) de la Ley. La facultad que se otorga al Gobierno de supeditar «la apertura y funcionamiento de las fábricas, talleres, depósitos, establecimientos de venta y lugares de utilización y las actividades relacionadas con ellas a requisitos de catalogación o clasificación, autorización, información, inspección, vigilancia y control», obviamente, ya se encuentra en los artículos 7 a 10 del Reglamento de Armas y 32 a 40 del Reglamento de Explosivos, en lo que se refiere a autorizaciones; en los artículos 5 del Reglamento de Armas y 20 a 26 del Reglamento de Explosivos referente a la catalogación o clasificación; a intervención e inspección, los artículos 2 a 4 del Reglamento de Armas, y 101 a 108 del Reglamento de Explosivos.

Lo mismo cabe decir del último inciso del apartado a) del artículo 7.1 cuando se refiere a «requisitos especiales de habilitación para el personal encargado de su manipulación», ya contemplados en los artículos 46 y 117.3 del Reglamento de Explosivos.

El apartado b) del artículo 7.1 menciona «la obligatoriedad de *licencias* o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego», a ello se refieren los artículos 91 a 142 del Reglamento de Armas. Dicho requisito administrativo es, por otra parte, exigido por el artículo 254 del Código penal para considerar lícita la tenencia de armas.

Dice así el artículo 254 del CP: «La tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio, *sin poseer* la guía y la *licencia* oportunas, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor» (1).

(1) Vid. ampliamente, Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, *passim*.

La *licencia* a que se refiere el artículo 254 del CP es el documento que acredita que su titular está facultado (tiene permiso o autorización) para tener y usar armas cortas de fuego.

La licencia, pues, es una *autorización* que se perfila «como un acto de la Administración por la que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente» (2).

Como indica DE LA CUÉTARA, «el sometimiento de una actividad o iniciativa particular al requisito previo de que sea obtenida la pertinente autorización administrativa es una de las más típicas técnicas de policía (3). Desde un punto de vista jurídico, esta técnica significa que el ejercicio de un derecho por el particular se encuentra con un obstáculo previo a su realización, como es el contraste entre lo que dicho ejercicio significa en concreto y los intereses públicos que la Administración efectúa al otorgar o denegar la autorización» (4).

Ahora bien, como resalta Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, «las propias normas positivas, sin perjuicio de mantener invariable como punto de partida de la construcción de MAYER de una prohibición general con reserva de excepción (el artículo 91 del vigente Reglamento de Armas establece que “nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego sin disponer de la correspondiente autorización expedida por las autoridades a quienes este Reglamento concede tal facultad”) tienden cada vez más a expresarse en forma positiva poniendo el acento en la existencia en el particular de un deber —en realidad, se trata de una carga en sentido técnico, cuya obtención condiciona la posibilidad de la actividad que se pretende realizar— de solicitar la autorización» (5).

La licencia a que se refiere el artículo 91 del Reglamento de Armas de 1981 es una autorización *simple* (6) que se propone únicamente contro-

(2) Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 3.^a ed., Madrid, 1991, pág. 137. Vid. también Luciano PAREJO ALFONSO, en *Manual de Derecho Administrativo* (PAREJO-JIMÉNEZ BLANCO-ORTEGA), Barcelona, 1990, págs. 335 y ss., y Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, I, 2.^a ed., Madrid, 1990, págs. 350 y ss.

(3) «Al servicio del mantenimiento del orden, la Administración desarrolla toda una actividad de limitación que llamamos policía; cuenta dentro de ella con una serie de potestades concedidas al efecto por el ordenamiento jurídico: la de prohibir, la de ordenar, la de autorizar o la de sancionar. Estas potestades son ya instrumentos técnicos jurídicos que, en cuanto tales, pueden ser estudiados en sí mismos. Lo más importante de ellos es que se unifican bajo el concepto genérico de policía en tanto obedecen a una misma finalidad y en cuanto es un mismo título jurídico el que hace posible su existencia en manos de la Administración», cfr. Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, pág. 253. Vid. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, 9.^a ed., Madrid, 1989, págs. 130 y ss.

(4) Cfr. J. M. DE LA CUÉTARA, *Ibidem*, págs. 257-258. En igual sentido, Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, 12.^a ed., Madrid, 1989, pág. 315.

(5) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., págs. 136-137. Según el esquema de Otto MAYER, prohibición bajo reserva de autorización, el juego de esta última se concreta en el restablecimiento de la libertad inicial del sujeto autorizado, que, en rigor, no recibe nada que no tuviera de antemano. «La autorización restablece la libertad, no tiene contenido positivo.»

(6) Según la terminología utilizada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en contraposición

lar la actividad autorizada y, con mucho, acotarla negativamente dentro de unos límites determinados. Es, también, siguiendo la clasificación de FERNÁNDEZ, una autorización *mixta* (personal y real, a la vez), en cuanto se vincula a unas circunstancias personales (arts. 92 y 93 del Reglamento de Armas) y reales (son distintas las licencias en función de la categoría del arma, arts. 92 y ss. del Reglamento) determinadas en relación a un cierto momento (7).

Por último, hay que reseñar que es una autorización *discrecional* y no reglada; la Administración no sólo puede denegar la autorización pedida (art. 93.4 del Reglamento), sino también limitar su vigencia a un plazo concreto (art. 93.5: tres años; art. 95.7: cinco años). La autorización discrecional resultaría, siguiendo la tesis mantenida por MANZANEDO (8) «una composición entre el interés legítimo del particular y el interés público que la Administración define: cuando ambos coinciden, la autorización es otorgada. De esta forma la autorización actúa como presupuesto legal para la existencia de un derecho, es decir, como elemento esencial que condiciona el nacimiento del derecho mismo» (9). Ahora bien, siempre cabe, como hace DE LA CUÉTARA, distinguir la existencia de un derecho y el control de su ejercicio, por eso, «si se hace litigiosa la cuestión de una autorización, no se discute la titularidad del derecho, sino la utilización que ha hecho la Administración de la discrecionalidad concedida» (10).

Lo anterior nos da pie para abordar, siguiera sea de una manera obligadamente sucinta, el controvertido tema de la *discrecionalidad de la Administración Pública* (11).

a autorización operativa; o también es una autorización en función de control, en contraposición a autorización en función de programación, según las denominara GIANNINI, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., pág. 138.

(7) La denegación de la autorización, cualquiera que sea su clase, no impide por ello en el futuro el replanteamiento de la petición ni el éxito de la misma, si las circunstancias a valorar han variado hasta el punto de satisfacer las exigencias de la norma (SS. de 12-2-60, 29-3-69 y 28-4-72, entre otras, todas ellas rechazando la excepción de acto confirmatorio extraída de anteriores denegaciones).

(8) Vid. MANZANEDO-HERNANDO-GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho Administrativo Económico (ensayo de una sistematización)*, Madrid, 1970, págs. 693 y ss.

(9) Cfr. J. M. DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, cit., págs. 693 y ss.

(10) *Ibidem*.

(11) Sobre la discrecionalidad de la Administración Pública en nuestro país, vid., además, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, en «Estudios sobre la Constitución Española», Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2255 y ss.; Fernando GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en el número 13 de esta REVISTA, 1954, págs. 143 y ss.; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, en el núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 159 y ss.; Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Derecho General de Organización*, Madrid, 1971; Manuel PÉREZ OLEA, *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 173, 1972, págs. 41 y ss.; Fernando SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España* (análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983), Madrid, 1985. Sobre la cuestión en Alemania, vid. Martín BULLINGER, *La discrecionalidad de la Administración Pública*

El tema, uno de los más debatidos en la doctrina jurídico-administrativa, «hasta el punto de considerarse la potestad discrecional como el verdadero caballo de Troya del Derecho Administrativo en un Estado de Derecho, está en íntima relación con el significado y alcance que el principio de legalidad adquiere para la Administración» (12).

La discrecionalidad, se dice en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, «surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público... por delegar... en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata» (13).

Como puede deducirse del texto transcrito, el concepto clave aquí para llegar a la discrecionalidad administrativa es, a mi juicio y en lo que ahora interesa, el del «interés público», identificado por GARCÍA-TREVIJANO como «un concepto standard, móvil, un concepto válvula, contingente y que varía en relación con el momento, el lugar y las circunstancias de hecho de toda índole. Interés público existe en un momento determinado y puede no existir en otro» (14).

La expresión «interés público», como las de buena fe, orden público, precio justo, circunstancias excepcionales, urgencia, etc., es lo que suele denominarse un *concepto jurídico (o normativo) indeterminado*, de ahí que tradicionalmente viniera siendo confundida la discrecionalidad con estos llamados «conceptos jurídicos indeterminados» (15). La doctrina

(*evolución, funciones, control judicial*), traducción de Manuel CANCIO, en la Ley, 1987-4, págs. 896 y ss.

(12) Cfr. José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*, parte general, tomo I, Madrid, 1977, pág. 172; «La potestad discrecional implica, necesariamente, una adecuación al principio de legalidad a través del: 1. Ajuste a la Ley; 2. Ajuste a la finalidad de la potestad; 3. Ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la Ley; 4. Ajuste a los principios generales» (pág. 175).

(13) De ahí que GARCÍA DE ENTERRÍA asevere que la discrecionalidad es «un caso típico de remisión legal», cfr. *Curso de Derecho Administrativo* (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ), I, 4.ª ed., Reimpresión, Madrid, 1987, pág. 430.

(14) Cfr. José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 3.ª ed. revisada y ampliada, Madrid, 1974, pág. 415.

(15) Son como la doctrina los denomina «conceptos imprecisos» (*Unschärfte Begriffe*), «conceptos ampliables» (*Dehnbare Begriffe*), «conceptos generales de ámbito amplio» (*Weitgefaste Begriffe*), «conceptos elásticos», «conceptos en blanco» (*Blankettbegriffe*). Dicho concepto procede de TETZNER al comentar y analizar las formas de discrecionalidad expuestas por BERNATZIK, cfr. José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1985, pág. 23. «Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes —dice GARCÍA DE ENTERRÍA—, pueden ser determinados o indeterminados; con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto... La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación... o se da o no se da el concepto... Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso», cfr.

administrativista establece en la actualidad en nuestro país las debidas diferencias. GARCÍA DE ENTERRÍA indica, al respecto, que «la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado... en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional» (16).

Pues bien, dicho esto, es evidente que «el interés público» (u otras expresiones similares como interés general, utilidad y necesidad públicas, interés social, etc.), es un concepto jurídico indeterminado cuya persecución, como indica MOZO, «legitima a la actividad de la Administración Pública» (17), por ello puede con razón, a mi juicio, concebir la discrecionalidad como la «facultad administrativa para determinar o configurar el interés público en los casos legalmente previstos» (18).

En pocas palabras, si bien es cierto, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, que «a través de la profundización en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la idea de la discrecionalidad tiende a reducirse de manera considerable» (19), no es menos cierto, como resalta MOZO, que

Curso, tomo I, cit., págs. 433-434. Vid. también, del mismo autor *La lucha contra las inmunidades...*, cit., págs. 171 y ss.; Manuel MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en el núm. 54 de esta REVISTA, 1967, págs. 197 y ss.; Fernando SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos*, cit., págs. 307 y ss.; Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, cit., págs. 229 y ss.; José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*, Madrid, 1980, págs. 51 y ss.; en especial págs. 70 a 125.

(16) Cfr. *Curso*, tomo I, cit., págs. 434-435. «La actividad administrativa no puede calificarse de discrecional basándose en que la Ley utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para señalar el momento en que habrá de pronunciarse. Antes al contrario —señala ENTRENA CUESTA— en tales supuestos —piénsese al respecto en los conceptos de obra ruinosa, orden público, actividad insalubre, etc.— la actuación administrativa se hallará predeterminada por la concurrencia o ausencia de los mismos, que podrá ser examinada por los Tribunales», cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, 9.ª ed., 3.ª reimpresión, Madrid, 1989, vol. I/1, págs. 176-177.

(17) Cfr. *La discrecionalidad...*, cit., pág. 340. La Constitución Española de 1978 indica en su artículo 103.1 que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales».

(18) Cfr. *Ibidem*, pág. 341. No es posible entrar aquí en profundidad en tema tan complejo como éste, sin embargo debe quedar reseñado que la función de los conceptos normativos indeterminados, como técnica de reducción de la discrecionalidad, ha sido eliminar ésta del supuesto de hecho de las normas. Así pues, la llamada cognitiva no es tal, vid. al respecto, Alfredo GALLEGU ANABITARTE, *Prólogo*, a la obra de Antonio Mozo Seoane citada, págs. 15 y ss.

(19) Cfr. *Curso*, I, cit., pág. 437. Vid F. SAINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, en «REDA», núm. 8, 1976, págs. 63 y ss.

«ese estricto interés público es, justamente, el ámbito del poder discrecional, el reducto que queda de aplicar con todo el rigor que reclama el principio de juricidad bajo el que actúa la Administración, las técnicas de control adecuadas, cuyo grado de eficacia en los momentos actuales de la ciencia jurídico-administrativa permite afirmar que los actos de la Administración son plenamente justificables; también los que se mueven en la esfera de lo discrecional, aunque éstos reservan a aquélla un margen de libertad —querido por el ordenamiento— que nada tiene que ver con reducto de inmunidad —proscrito por el mismo ordenamiento— (20).

Señala MOZO que «El criterio legal del interés público *condiciona* pero, al mismo tiempo, *legítima* el obrar de la Administración» (21); y agrega, que «el interés público no es una técnica de control, sino justamente una noción a través de la cual confluyen y a cuyo servicio están las específicas técnicas fiscalizadoras del poder discrecional de la Administración... Es evidente, por tanto, que el interés público, marco teleológico de toda la actividad administrativa por imperativo legal, traza unos rigurosos límites al ejercicio de la facultad discrecional, tan rigurosos como los diversos medios de control sean capaces de detectar; ahora bien, es un error de concepción y un enfoque perturbador deducir de esa constatación que se puede sustituir (por un Tribunal de Justicia) una decisión administrativa discrecional simplemente alegando una mejor o más adecuada apreciación del interés público. Esto supone —concluye MOZO— el olvido de un principio básico en la comprensión del tema de la discrecionalidad: el de que frente a los límites de ésta, también el control tiene los suyos» (22).

Hay que tener en cuenta, finalmente y en cuanto al control de la discrecionalidad, que ésta no es nunca un valor absoluto; existen siempre necesariamente elementos reglados en toda potestad discrecional (la competencia, es decir, el órgano que en concreto puede ejercer la potestad discrecional y el *fin* en vista del cual se ha otorgado la potestad (23), la discrecionalidad hace referencia fundamentalmente al contenido u objeto del acto (24).

Como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, «la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque,

(20) Cfr. *La discrecionalidad ...*, cit., pág. 348.

(21) Cfr. *Ibidem.*, pág. 403.

(22) A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad ...*, cit., págs. 412-413.

(23) «Todas las potestades discrecionales se otorgan para alcanzar un interés público, concepto indeterminado cuya aplicación sólo permitiría en cada caso una solución justa», cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I. cit., pág. 435. «La discrecionalidad significa la posibilidad de ponderar la oportunidad o la conveniencia de actuar o no, en función del interés público» (SS. de 6-12-74, y de 27-2-75, núms. 4.831 y 1.079, respectivamente del Reportorio Aranzadi).

(24) Vid. VILLAR PALASÍ-VILLAR EZCURRA, *Principios*, II, cit., págs. 33 y ss.; PAREJO, *Manual*, cit., págs. 321 y ss., y Juan DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, en el núm. 116 de esta REVISTA, 1988, págs. 65 y ss.

ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse *siempre* a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos» (25).

El Tribunal Supremo estudiando este importante tema, ha consagrado la doctrina de que «el margen de libertad decisoria que la discrecionalidad significa ha de estar, en todo caso, condicionado por la norma general imperativa del cumplimiento de los fines de la Administración, al servicio del bien común y del respeto al ordenamiento jurídico» (26).

Sentado, pues, que el otorgamiento (o renovación) de las licencias de armas de fuego tiene un indudable carácter discrecional, «en función de las circunstancias singulares que en cada caso concurren» (27), en todo caso hay que señalar que «la motivación adecuada constituye un requisito esencial de los actos administrativos, de particular trascendencia en los de carácter discrecional, y que, de no exigirse, la discrecionalidad quedaría degradada a pura arbitrariedad» (28).

En definitiva, el Reglamento de Armas configura como discrecional la potestad administrativa de autorizar la tenencia de armas. La discrecionalidad no implica, sin embargo, arbitrariedad la cual está vedada a los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), por ello «aunque como dice la resolución denegatoria dictada por el Ministerio del Interior las notorias circunstancias actuales de orden público y paz ciudadana imponen un criterio restrictivo en el otorgamiento de ese tipo de licencias (tipo B), la denegación ha de ser adecuadamente razonada» (29).

Ese carácter restrictivo, al que siempre apela el Ministerio del Interior para fundamentar la resolución denegatoria de solicitud de licencia de armas, está también presente en el apartado *b*) del artículo 7.1 de la Ley al indicar que la expedición de licencias «tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad».

(25) Vid. Juan Carlos CASSAGNE, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, en «REDA», núm. 67, 1990, págs. 349 y ss.

(26) Cfr. sentencia de 12-3-84, sala 4.^ª (Rep. Aranzadi 1.400). Idénticas, las anteriores de 11-12-73 (A. 5.117), de 11-6-75 (A. 2.269), de 28-6-78 (A. 2.561), 28-5-80 (A. 2.842), y de 16-1-84 (A. 4.242), entre otras.

(27) Cfr. S. de 20-12-82 (A. 8.117).

(28) Cfr. S. 30-6-82 (A. 5.249).

(29) Cfr. S. de 10-12-85 (A. 6.385). En una sentencia posterior se señala que «si bien la creencia o temor de la Administración de que el arma de caza en poder de una persona pueda comportar un peligro para los demás o afectar a la seguridad pública, es o puede ser razón o motivo bastante para impedirle, denegando la licencia, no cabe olvidar que esa creencia o temor ha de tener apoyo en unos datos concretos y objetivos» (cfr. S. de 17-1-86, A. 55). Vid. también SS. 10-3-86 (A. 4.084), 31-5-86 (A. 3349), 2-2-87 (A. 2046), 28-7-87 (A. 7691), 26-2-88 (A. 1490), 11-6-90 (A. 5389), etc.

La licencia para llevar armas de fuego en nuestro país es, como ya se dijo, una «autorización discrecional» de la Administración (30). Con meridiana claridad establece el artículo 93 del Reglamento de Armas de 1981, refiriéndose en concreto a las licencias para armas de fuego de la 2.ª categoría, es decir, las de defensa personal (armas cortas de fuego, sean pistolas o revólveres), que «la licencia para armas de la 2.ª categoría solamente podrá ser solicitada por los españoles y extranjeros con residencia en España, mayores de edad, que tengan *necesidad* de obtenerla, y será concedida *discrecionalmente* por la Dirección General de la Guardia Civil» (31).

La utilización de esta facultad discrecional de las autoridades gubernativas a las que el Reglamento atribuye dicha competencia, puede, como ya se indicó, ser controlada jurisdiccionalmente. Existe un amplio abanico de sentencias de las Salas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al respecto (32).

(30) Idénticamente en el derecho italiano, vid. por todos, Raffaello CANTAGALLI, *Le armi e gli esplosivi nella legislazione vigente*, 3.ª ed., Firenze, 1980, pág. 135; también en el parágrafo 36 de la «Waffengesetz» (Ley de armas de la República Federal de Alemania) de 8-3-76. Vid. el texto completo de dicha Ley en Georg ERBS y Max KOHLHAAS, *Strafrechtliche Nebengesetze*, Band III, 70. Ergänzungslieferung, München, 1985, W 12.

(31) El artículo 93 del Reglamento de Armas indica:

1. La licencia para armas de la 2.ª categoría solamente podrá ser solicitada por los españoles y extranjeros con residencia en España, mayores de edad, que tengan necesidad de obtenerla, y será concedida discrecionalmente por la Dirección General de la Guardia Civil. Se solicitará en instancia, que presentarán en la comandancia o puesto de la Guardia Civil correspondiente al domicilio del interesado, acompañada de:
 - a) Certificado de antecedentes penales o, en su caso, declaración jurada de ostentar la condición de funcionario público en activo, con el visto bueno del jefe de la dependencia.
 - b) Fotocopia del documento nacional de identidad en vigor, que será cotejada con su original o, en su caso, de la autorización de residencia.
 - c) El efecto timbrado correspondiente a la licencia solicitada.
 - d) Cuantos documentos desee aportar el solicitante, que sirvan para *fundamentar la necesidad de tener un arma*.
2. En la instancia se harán constar con todo detalle los motivos que fundamenten la necesidad de la posesión de arma corta, y entre ello, en su caso, los cargos públicos o privados, o las actividades económicas o profesionales de los solicitantes; teniendo en cuenta que la razón de defensa de personas o bienes, por sí sola, no justifica normalmente la concesión de la licencia.
3. La oficina receptora, con su informe, dará curso a la instancia.
4. La Dirección General de la Guardia Civil, previas las comprobaciones pertinentes, concederá o no la licencia según las circunstancias de cada caso.
5. Estas licencias tendrán tres años de validez, al cabo de los cuales, para poder usar armas de la 2.ª categoría, habrán de solicitarse nuevas licencias en la misma forma que las anteriores. Nadie podrá poseer más que una licencia para armas de 2.ª categoría; y cada licencia no amparará más de un arma.

(32) Vid. por ejemplo y entre otras muchas, las SS. de 11-6-75 (A. 2.269), de 28-6-78 (A. 2.651), de 28-5-79 (A. 2.600), de 29-10-79 (A. 3.956), de 28-5-80 (A. 2.842), de 22-4-80 (A. 2.580), de 6-11-81 (A. 4.760), de 30-6-82 (A. 5.249), de 20-12-82 (A. 8.117), de 25-1-83 (A. 312), de 28-6-83 (A. 3.671), 30-11-87 (A. 8.356), 4-5-90 (A. 3.774).

Por último, el apartado *c)* del artículo 7.1 de la Ley prevé «la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos». A ello se refiere el artículo 6 del Reglamento de Armas que señala:

«1. Armas totalmente prohibidas: se prohíbe la fabricación, importación, circulación, propaganda, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas:

a) Las armas de fuego sistema “flobert” de calibre superior a 6 milímetros.

b) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones.

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

d) Las imitaciones de armas de fuego que puedan ser transformadas en armas de fuego verdaderas.

e) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen.

f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas ofensivas, de hoja corta de dos filos y puntiaguda.

g) Las armas de fuego reales o simuladas, combinadas con armas blancas.

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

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

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

No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores la fabricación con intervención de la Guardia Civil, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros y de las dagas y espadas que sean reproducciones históricas.

2. Armas prohibidas a particulares: Queda prohibida la propaganda, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios o personal con funciones de seguridad y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de:

a) Las armas semiautomáticas de la categoría 5.^a, 1, cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara, cuya culata sea plegable o eliminable, cuyo funcionamiento sea posible indistintamente por accionamiento de gases o por accionamiento manual del émbolo o cuya empuñadura sea tipo pistola.

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

c) Las defensas eléctricas, de goma o similares.

d) Los silenciadores aplicables a armas de fuego.

e) Los equipos de puntería de visión nocturna, intensificadores de imagen, activos o pasivos, o cualquier otro sistema optrónico.

f) Las municiones con balas perforantes de núcleo duro, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles para esas municiones.

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

3. Imitaciones prohibidas de armas de fuego: Queda prohibida la importación, propaganda, compra, venta, tenencia y uso de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

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

4. Otras armas prohibidas: También se considerarán prohibidas en la medida determinada en los apartados anteriores las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualesquiera de dichos apartados, mediante orden del Ministerio del Interior, dictada a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos.»

A los depósitos, polvorines y almacenamientos especiales se refieren los artículos 148 a 186 del Reglamento de Explosivos.

Hecho el repaso del articulado de los Reglamentos de Armas de 1981, y de Explosivos, de 1978, es fácil comprender que el Gobierno considera insuficiente la regulación actual. La *Memoria Justificativa* que acompañaba al Proyecto se refería de una manera expresa a esos «meros textos reglamentarios, cuya habilitación legal ha ido resultando progresivamente insuficiente».

Finalmente, cabría, incluso, entender que la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 18 de junio de 1991, sobre «Control de la adquisición y tenencia de armas», hace necesaria una nueva regulación de la materia.

A mi juicio, la armonización contemplada en los artículos 4 y ss. de la citada Directiva puede hacerse sin necesidad de cambios importantes en la legislación actual (33).

B) Sobre la *segunda motivación* conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones.

El actual Reglamento de Armas, de 1981, puede ser considerado como *praeter legem* (o autónomo o independiente) por contraposición a los Reglamentos llamados ejecutivos, o *secundum legem*.

Sabido es que, con carácter general, se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración (34), en virtud de su competencia propia (35). Su sumisión a la Ley, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, «es absoluta, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido» (36); sobre esta base se articula lo que el artículo 9.3 de la Constitución llama, para garantizarla, la «jerarquía normativa».

Esta potestad reglamentaria de la Administración está atribuida por la propia Constitución al Gobierno, y así, en el artículo 97 se establece que «el Gobierno... ejerce... la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (37). Ello quiere decir, ni más ni menos, que esta potestad reglamentaria se otorga originaria y genéricamente, y que

(33) Sobre la influencia del derecho comunitario sobre el sistema de sanciones administrativas y penales, vid. recientemente, Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, págs. 77 y ss.

(34) Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 183.

(35) Las tres características más importantes de los Reglamentos son: a) se trata de disposiciones generales, b) su rango es inferior a la Ley y c) proceden de la Administración Pública. Cid. VILLAR PALASÍ-VILLAR EZCURRA, *Principios*, I, cit., pág. 202; Ramón MARTÍN MATEO, *Manual*, cit., pág. 137; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, cit., pág. 56.

(36) Cfr., *Curso*, I, cit., pág. 184. En el mismo sentido la totalidad de la doctrina administrativista.

(37) Vid. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Angel MENÉNDEZ REXACH, *Funciones del Gobierno (Comentario al art. 97 de la Constitución española de 1978)*, en «Comentarios a las leyes políticas (Constitución española de 1978)», tomo VIII, Madrid, 1985, págs. 27 y ss.; y Manuel REBOLLO PUIG, *Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*, en el núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 7 y ss.

su ejercicio no requiere habilitación legal previa (38), aunque, lógicamente, como señala el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea controlada por los Tribunales.

Sin embargo, esta potestad reglamentaria (39) tiene un carácter residual. Sólo podrá proyectarse sobre aquellas materias en que concurren estas dos circunstancias:

- 1.ª Que no estén reservadas a la Ley Orgánica u Ordinaria.
- 2.ª Que aunque no se encuentren comprendidas en el número anterior, no hayan sido reguladas previamente —salvo deslegalización— por una Ley o disposición con fuerza de Ley (40). (En este punto conviene indicar que «en las materias no expresamente atribuidas a la Ley y que no hayan sido reguladas por Ley es admisible que el Gobierno dicte reglamentos *praeter legem* sobre todo para resolver problemas concretos (medidas), sin perjuicio de que posteriormente las cuestiones o materias objeto de esta regulación reglamentaria (*praeter legem*) pasen a ser reguladas por Ley. El reglamento *praeter legem* aparece así, des-

(38) Utilizo la palabra «habilitación», que es un galicismo con origen en la obra de Raimond CARRE DE MALBERG, por ser la más utilizada por la doctrina española, aunque en castellano debe decirse «autorización», como propugna GALLEGO ANABITARTE.

(39) Sobre la potestad reglamentaria de la Administración y sus límites, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 184 y ss.; Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso*, cit., págs. 138 y ss.; VILLAR PALASÍ-VILLAR EZCURRA, *Principios*, I, cit., págs. 202 y ss.; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 11.ª ed., Madrid, 1989, págs. 235 y ss.; José A. GARCÍA TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., págs. 283 y ss.; Carlos GARCÍA OVIEDO y Enrique MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, 9.ª ed., corregida y aumentada, I, Madrid, 1968, págs. 205 y ss.; Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en España*, en el núm. 57 de esta REVISTA, Madrid, 1968, págs. 81 y ss.; del mismo, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1971, págs. 53 y ss.; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, págs. 189 y ss.; J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en el núm. 87 de esta REVISTA, Madrid, 1978, págs. 161 y ss.; Martín BASSOLS COMA, *Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en el núm. 88 de esta REVISTA, Madrid, 1979, págs. 107 y ss.; Joaquín TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, en los núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. I, Madrid, 1983, págs. 471 y ss.; Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, 2.ª ed., Barcelona, 1988, págs. 219 y ss., y recientemente, José M.ª BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.

Por ello, puede ser también definido el Reglamento como «una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa», cfr., Agustín A. GORDILLO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1984, pág. 179.

(40) Cfr., ENTRENA, *Curso*, cit., pág. 153, y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, en *Manual de Derecho Administrativo* (PAREJO-JIMÉNEZ BLANCO-ORTEGA), Barcelona, 1990, págs. 112-113. Entendemos por «deslegalización», «la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por la Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración», cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, cit., pág. 274. Vid. también, José M.ª BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, I, 8.ª ed., revisada, Madrid, 1991, págs. 200 y ss.; DE OTTO, *Derecho Constitucional*, cit., pág. 227, y REBOLLO, *Juridicidad*, cit., págs. 158 y ss.

de el punto de vista político (no jurídico), como una norma de carácter *provisional*, frente a la estabilidad y permanencia de la Ley») (41).

Pues bien, basándose en la relación existente entre los Reglamentos y la Ley, existen no sólo los llamados Reglamentos *ejecutivos* (los que se limitan a desarrollar los preceptos previamente sentados en una Ley formal o acto equiparado a ella) o *secundum legem*, sino también los denominados «*independientes*» o «*autónomos*» que se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior, y precisamente por su ausencia, para regular relaciones o situaciones que a la Administración interesa configurar (42), y siempre que no vulnere otras normas del Ordenamiento Jurídico. En este sentido, por contraposición a los Reglamentos ejecutivos, los autónomos, o mejor independientes, son *praeter legem* (43).

Al contemplar el Reglamento de armas de 1981 cabe preguntarse: ¿nos encontramos ante un Reglamento independiente o ante un Reglamento ejecutivo? La respuesta a tal pregunta no resulta nada fácil pues, entre otras cuestiones obligaría a pronunciarse sobre la importante e inacabada polémica doctrinal entre los administrativistas referente a la existencia o no, desde la perspectiva jurídica, de los Reglamentos independientes en el Derecho español, y no es este el lugar ni el momento más idóneo para ello (44).

Sin embargo, tal respuesta es importante al objeto de concretar su naturaleza y las consecuencias que ello conlleva.

Evidentemente, el Reglamento de Armas de 1981 no puede ser calificado de «ejecutivo», puesto que no fue dictado «en virtud de remisiones normativas a la Ley en favor del Reglamento,... ni su idea esencial responde a completar y desarrollar la ley en que se apoyan» (45).

No obstante, una serie de datos podría conducirnos, a mi juicio erróneamente, a semejante calificación. Uno sería la expresión que aparece en el preámbulo o exposición de motivos del citado texto legal: «*De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, a propuesta del Ministerio del Interior y previa deliberación del Consejo de Ministros*».

(41) Cfr. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo*, I, Materiales, Madrid, 1989, pág. 72 y nota 16.

(42) Vid. Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso*, cit., págs. 142 y ss.; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 238 y ss.; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, cit., págs. 58 y ss.; DE OTTO, *Derecho Constitucional*, cit., págs. 217 y ss., y recientemente, José M.^o BAÑO LEÓN, «Los ámbitos del reglamento independiente», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, cit., tomo I, págs. 421 y ss.

(43) Vid. sobre los varios significados del Reglamento autónomo, Manuel CLAVERO ARÉVALO, *¿Existen Reglamentos autónomos en el Derecho español?*, en el núm. 62 de esta REVISTA (mayo-agosto, 1970), págs. 10-11. Vid. también, Javier SALAS HERNÁNDEZ, *De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho español*, en el núm. 84 de esta REVISTA, 1977, págs. 645 y ss., y recientemente, BAÑO, *Los límites*, cit., págs. 163 y ss.

(44) En adelante preferimos utilizar el calificativo de «independiente» para evitar confusiones terminológicas, habida cuenta de la potestad reglamentaria otorgada por la Constitución a las Comunidades Autónomas.

(45) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 212.

Pues bien, esta expresión es cierto que puede ser interpretada en el sentido de que es consecuencia de lo dispuesto en el núm. 3 del art. 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que establece la necesidad de consulta previa a la Comisión Permanente de dicho Alto Organismo en los asuntos relativos a los «Reglamentos o Disposiciones de carácter general que se dicten *en ejecución de las leyes*, así como sus modificaciones» (46); así como de lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, que señala entre las competencias del Consejo de Ministros, la de «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los Reglamentos para la ejecución de las leyes, *previo dictamen del Consejo de Estado*» (47).

El otro dato que podría inducirnos a adjetivar de ejecutivo al Reglamento de Armas, sería la autorización contenida, en la Disposición Final Segunda de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, al Ministerio del Interior (de la Gobernación se decía en el texto originario) y, en su caso, al Gobierno, «para dictar las normas reglamentarias que pueda exigir la ejecución de los preceptos de esta Ley».

No es tarea fácil, sin embargo, determinar qué preceptos, relacionados con el tema que nos ocupa, hacían necesario el desarrollo reglamentario.

Puede pensarse que dichos preceptos eran el artículo 10 de la Ley de Orden Público, en el que se establecía que «las Autoridades Gubernativas o, por órdenes concretas suyas, sus agentes, podrán realizar las comprobaciones personales necesarias a fin de que no se tengan armas *para cuyo uso se carezca de licencia...*»; el artículo 2, *d*), en el que se establecía que «son actos contrarios al orden público... los que originan tumultos en la vía pública y cualesquiera otros que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer *con armas o explosivos*» (48); y, por último, el artículo 32.1 *a*), en el que se establecía como «medida de seguridad y prevención» durante los «estados de excepción»,

(46) El artículo 138 del reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/80, de 18 de julio, establece que «la Comisión Permanente del Consejo de Estado *deberá ser consultada* en los asuntos enumerados en el artículo 22 de su Ley Orgánica...».

(47) La referencia a la aprobación por parte del Jefe del Estado es obligada, dada la categoría de Decreto que reviste el Reglamento de Armas. Como tal Decreto (art. 62 *f*) y 64 de la Constitución y 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) debe llevar la firma del Rey y la del Ministro que corresponda. «Dicha firma en los Decretos constituye la marca de la supremacía general expresada en el Derecho objetivo y la de su extensión y alcance general y, por tanto, también del mandato de cumplimiento que se incluye a los Jueces, a quien sólo el Rey —y no los despachos administrativos— puede válidamente dirigirse (la Justicia se administra en nombre del Rey, según el artículo 117.1 de la Constitución)», cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 194.

(48) A título meramente indicativo, en *Legislación administrativa básica*, 3.ª ed., ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 740 nota, y 742 nota 2, recopilación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y José A. ESCALANTE, se dice anotando la Ley de Orden Público, «véase el Reglamento de Armas probado por Real Decreto 2.179/1981, de 24 de julio».

que se podía acordar «revocar total o parcialmente *los permisos de tenencia de armas*» (49).

Pues bien, ninguno de estos datos son, a mi juicio, concluyentes.

El primero de ellos, es decir, la indicación al dictamen previo del Consejo de Estado, no puede ser considerado, ni mucho menos, como definitivo. Porque, si bien es cierto, como ya se dijo anteriormente, que los Reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes deberán ser dictaminados previamente por el Consejo de Estado, también lo es que el artículo 20.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado prevé que «el Consejo de Estado emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros»; asimismo, el artículo 24.1 de la misma Ley establece que «el Consejo de Estado, sea en Pleno o en Comisión permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente» (texto que se transcribe íntegramente bajo el enunciado de «Audiencia potestativa», en el artículo 141 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado).

Al respecto, en el dictamen emitido por la Comisión permanente del Consejo de Estado sobre los proyectos de Reglamento de Armas y del Real Decreto de aprobación del mismo (50), se hace alusión a que este Cuerpo Consultivo ha examinado dichos proyectos «en cumplimiento de Orden de VE de 20 de junio último». Ese VE va referido al Ministro del Interior, que es a quien se remite el dictamen.

Además, el dictamen únicamente indica que «el Consejo de Estado no aprecia que por el proyectado Reglamento se vulneren o marginen normas de superior rango legal, por lo que *no tiene observación alguna* que hacer al respecto» y que «puede elevarse a la deliberación del Consejo de Ministros para la aprobación del mismo».

En consecuencia, que en la exposición de motivos o preámbulo del Reglamento de Armas se incluya la expresión «de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado», no es indicativo del carácter o clase del Reglamento.

En cuanto al segundo de los datos indicados, referidos a las disposiciones de la Ley de Orden Público citadas, a mi juicio tampoco son concluyentes. Entre otras cosas, porque la Disposición Final Segunda de dicha Ley, que es a lo que se hizo referencia en primer lugar, fue derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio (51).

(49) Sobre la Ley de Orden Público, vid., Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, *Antecedentes, textos y doctrina de la Ley de Orden Público*, Madrid, 1961; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971; Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal especial de España*, Barcelona, 1946, págs. 125 y ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Orden público: un proyecto que no debe convertirse en Ley*, en «Estudios de Derecho Penal», 3.ª ed., Madrid, 1990, págs. 18 y ss., etc.

(50) El dictamen fue emitido en la Sesión de la Comisión Permanente celebrada el día 9 de julio de 1981, y que he tenido ocasión de consultar.

(51) «Quedan derogados los artículos 25 a 51 y disposiciones finales y transitorias de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, así como cuantas Disposiciones se

Difícilmente, pues, el Reglamento de Armas que, como se dijo, fue aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1981 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 25 de septiembre del mismo año, pudo ser dictado en ejecución o desarrollo de la Ley de Orden Público y en virtud de un precepto que había sido derogado casi dos meses antes de que fuera aprobado dicho Reglamento y casi cuatro meses antes de que fuese publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, tampoco es posible adjetivar de ejecutivo al Reglamento de Armas en base a este dato.

¿Cuál será entonces la naturaleza jurídica del Reglamento de Armas? Si utilizamos la clasificación tradicional por su relación con la Ley, y eliminada por todo lo expuesto la posibilidad de que sea «ejecutivo», no nos queda otra solución que calificarle de *independiente*, esto es, «Reglamento que no completa ni desarrolla ninguna Ley previa, sino que se sostiene por sí mismo como tal Reglamento» (52), o bien de Reglamento *praeter legem*, esto es, «regulación administrativa *ex novo* de materia, sin mandato, previsión o existencia de Ley» (53).

Claro, que siempre cabría interpretar que es el propio artículo 254 del Código Penal la norma que hizo necesaria la publicación del Reglamento de Armas. En esta tesitura, podría decirse, lo cual a mi juicio sería mucho decir, que la idea esencial del Reglamento de armas de 1981 responde a completar y desarrollar dicho artículo; si así conviene, a mi juicio sin fundamentación suficiente, estaríamos ante un Reglamento de los llamados ejecutivos o *secundum legem* (o, si se prefiere y alternativamente, *intra legem*, por utilizar la terminología que propugna GALLEGO ANABITARTE).

En cualquier caso, en este momento tanto da que sea calificado como independiente o *praeter legem*, o como ejecutivo, la cuestión ahora sería dilucidar si caben o no en nuestro Derecho ese primer tipo de Reglamentos y, como veremos, la doctrina jurisprudencial de las antiguas Salas de la Jurisdicción contencioso-administrativa así lo admiten.

Un último apunte sobre la cuestión sería calificar el Reglamento de Armas como Reglamento de *Policía*, entendiendo por *policía* «el área de la acción administrativa (una forma o modalidad de la misma) que utiliza unos medios o instrumentos jurídicos como técnicas al servicio de un fin, el mantenimiento del orden público» (54). Rafael ENTRENA

opongan a lo preceptuado en la presente Ley Orgánica.» Respecto al contenido de esta Disposición, hay que indicar que los artículos 48 a 51 (ambos inclusive) de la Ley de Orden Público estaban ya derogados por el artículo 2.º de la Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público. Los artículos derogados se referían al procedimiento especial para tramitar las causas instruidas durante el estado de excepción.

(52) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 213. Idénticamente, VILLAR-PALASÍ-VILLAR EZCURRA, *Principios*, I, cit., pág. 224.

(53) Cfr. GALLEGO-DE MARCOS, *Derecho Administrativo*, I, Materiales, cit., pág. 65. Como es sabido, GALLEGO incluye los *intra legem* (Reglamento de complemento de la Ley).

(54) Vid. Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, cit., págs. 253 y ss.; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado*, II, 9.ª ed., Madrid, 1989, págs. 117 y ss.

explica que «para que pueda dictarse un Reglamento deberá concurrir la *causa* predeterminada por el Derecho positivo que habrá de valorarse de forma menos rigurosa e inmediata que si se tratare de un acto no normativo. Por ejemplo, si se trata de un Reglamento de Policía no será necesario que se dé *ahora* una situación de alteración o peligro del orden público, sino que bastará con que se advierta la posibilidad de que, de no dictarse el reglamento, aquella situación pueda plantearse en el futuro» (55).

En todo caso, es sabido que todos los Reglamentos pueden ser controlados por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si es ilegal, es decir si no ha observado los límites materiales y formales para su validez (56), el ordenamiento jurídico establece la sanción de nulidad de pleno derecho. Para ello, deberá existir una declaración (57) de la Administración, que, además, podrá proceder a la derogación pura y simple del Reglamento (58); si no, podrán impugnarlo los particulares (59), bien todo o un acto en concreto (60). Además, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya señala que «Los Jueces y tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa». De ahí que, como señaló DE OTTO, el Juez deberá examinar su legalidad y negarles aplicación si los estima ilegales, y ello «porque aplicar un reglamento ilegal significaría desobedecer la ley» (61).

Volviendo al tema central, y tal como ya se apuntó, diferentes sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo hacen hincapié en la admisibilidad de los denominados reglamentos *praeter legem* en nuestro

(55) Cfr. Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso*, I/1, cit., pág. 144.

(56) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 192 y ss.

(57) El artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que «La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47.» Dicho artículo establece, entre otros, como actos de la Administración nulos de pleno derecho, los dictados por el órgano manifiestamente incompetente, o los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

(58) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 222 y ss.

(59) El artículo 106.1 de la Constitución establece que «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.» Por su parte el artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa indica que dicha Jurisdicción «conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley»; además, el artículo 39.1 de la misma Ley reguladora indica que «Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado... podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa.»

(60) El mismo artículo 39 establece «... 2. También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho... 4. La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual...».

(61) Cfr. *Derecho Constitucional*, cit., pág. 228.

Ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Valgan como ejemplos estas dos Sentencias: la de la Sala 4.^a (Ponente D. Paulino MARTÍN MARTÍN) de fecha de 10 de diciembre de 1982, en la que se dice «Que aún después de la Constitución puede afirmarse que en el Derecho español el Consejo de Ministros y éstos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria genérica, distinta de la mera ejecución de las leyes —art. 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico y arts. 97 y 106 de la Constitución— no siendo ejecutivos de las leyes aquellos reglamentos dictados en ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica y denominados “independientes, autónomos o *praeter legem*” que si bien han de respetar el bloque de la legalidad formal, no están, sin embargo, sujetos preceptivamente al control del Consejo de Estado» (62); y la de la Sala 3.^a (Ponente D. Manuel PÉREZ TEJEDOR) de fecha 10 de marzo de 1982 en la que se mantiene que «... la Administración Pública puede ejercer dicha potestad (la reglamentaria) no sólo en desarrollo de leyes o principios legislativos, sino cuando no existe norma de rango superior sobre la materia, porque no es posible infringir una ley inexistente y, cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales, ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa por tanto legítimamente» (63).

En cuanto al Reglamento de Armas de 1981 en concreto, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha tenido ocasión de sustanciar *un* recurso interpuesto contra él, pretendiendo la anulación del artículo 6, párrafo 2. Por sentencia de 30 de noviembre de 1983 se desestima el recurso, que fundamenta su impugnación en la vulneración de los principios generales de igualdad ante la Ley y libertad de empresa (consagrados en la Constitución de los arts. 14 y 38), ya que «no se alega, ni menos aún se demuestra, que el precepto impugnado contradiga ninguna norma concreta de rango superior, ni que carece de motivación suficiente, o se haya producido con exceso o desviación de poder, razones a las que lógicamente no pueden asimilarse las simples discrepancias de criterio, por lo que ha de llegarse a la conclusión de que el presente recurso carece de fundamento legal y debe, por tanto, ser desestimado» (64).

Señalaba recientemente BAÑO LEÓN, que «es muy comprensible que el Tribunal Supremo se haya resistido a anular algunos reglamentos, como el de armas, por los imprevisibles efectos de una sentencia anulatoria. Había que pensar si para estos casos estaría justificado que nuestros Tribunales —como ha hecho el Constitucional en más de una ocasión— limitaran o aplazaran los efectos anulatorios en circunstancias excepcio-

(62) Rep. Aranzadi núm. 7955. Idénticas las SS. de 22 de octubre de 1981 (A. 4634), de 4 de febrero de 1982 (A. 834), y de 2 de diciembre de 1986 (A. 7103), entre otras.

(63) Rep. Aranzadi núm. 1245. Vid. también Bartomeu COLOM PASTOR, *Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional*, en «REDA», núms. 40-41, 1981, págs. 239 y ss., y DE OTTO, *Derecho constitucional*, cit., págs. 232 y ss.

(64) Rep. Aranzadi, núm. 6849.

nales, para permitir que el legislador pueda, si lo desea, llenar el vacío producido por la declaración de ilegalidad del reglamento» (65).

Expuesto lo anterior es fácil, entonces, deducir que el Gobierno parece haber sido consciente de tal circunstancia y, en consecuencia, ha tomado la decisión de proponer una Ley que habilite el desarrollo reglamentario posterior de la misma en la materia de «Armas y Explosivos». Si es así, no hay nada que oponer. La consecuencia es que debería derogar los Reglamentos vigentes y dictar unos nuevos. Si no es esa la *ratio* de la Ley, no se ve la necesidad de incluir esta materia en la misma, pues entonces, con mantener en vigor dichos Reglamentos bastaría, interpretando que es la nueva Ley la que permite entender la norma reglamentaria como complemento de la misma (66), más aún al derogarse expresamente ahora la vetusta Ley de Orden Público y las disposiciones que la modificaron.

En cualquier caso «lo que no es aceptable es mantener a ultranza reglamentos que, sin habilitación legislativa, intervienen en esferas que competen a la Ley» (67).

2. Me referiré ahora a *otras cuestiones*. El artículo 18 de la Ley, incluido dentro del capítulo III («Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana»), indica lo siguiente:

«Los Agentes de la Autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en la vía, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, procediendo a su ocupación. Podrán proceder a la ocupación temporal, incluso de las que se lleven con licencia o permiso y de cualesquiera otros medios de agresión, si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de las cosas.»

Más adelante, en el artículo 26 g), se considera como infracción leve «la exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación».

Estamos ante un supuesto que recuerda, siquiera sea vagamente, al «estado peligroso» contemplado en la todavía vigente (¿hasta cuando?) Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (68). En efecto, la Ley 16/

(65) Cfr. *Los límites*, cit., pág. 196.

(66) Lo obvio sería hacer lo que se ha hecho con el Código de la Circulación desarrollando la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; al respecto se dictó un texto articulado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Vid. sobre la nueva normativa, Enrique BACIGALUPO, *Sanciones*, cit., págs. 53 y ss.; sobre la legislación anterior, José BERMEJO VERA, *La calificación normativa del Código de la Circulación*, en el núm. 84 de esta REVISTA, 1987, págs. 61 y ss.

(67) Cfr. BAÑO, *Los límites*, cit., pág. 196.

(68) Tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero, la aplicación de sus preceptos me parece más que dudosa. Vid.

1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, establece en su artículo 2, redactado con arreglo a lo dispuesto en la Ley 43/1974, de 28 de noviembre, que «serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación... 11) los que, sin justificación, lleven consigo armas u objetos que por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumentos de intimidación, coacción o agresión» (69).

En otro lugar tuve ocasión de exponer las posibles conexiones de esta categoría de estado peligroso con el delito de tenencia de armas de fuego contemplado en el artículo 254 del Código Penal (70). Baste ahora, por tanto, con señalar que el tipo del artículo 254 del Código Penal presume *iure et de iure* la peligrosidad del acto de la tenencia (71), de suerte que su punibilidad no depende de que en cada caso concreto se demuestre la especial situación de peligro, ni aquélla queda excluida por la falta de peligrosidad del encausado, mientras el número 11 del artículo 2 de la LPRS requiere se dé un peligro efectivo, llevar armas que denoten su presumible utilización, lo que hace que se constituya un estado personal revelador de riesgo y peligrosidad próxima (72).

Además, a diferencia de lo previsto en el artículo 254 del Código Penal, podrá darse el supuesto del número 11 del artículo 2 de la LPRS, aún cuando se hayan cumplido las formalidades administrativas correspondientes, ya que el porte de armas fuera del domicilio fundamenta la peligrosidad en la presunción de que serán utilizadas «como instrumento de agresión», lo que no se dará, evidentemente, aunque la tenencia sea ilícita en el propio domicilio por carecer de la guía de pertenencia correspondiente, pues «no siempre ha de considerarse que quien dispone de un arma de forma ilícita la tiene con el fin de agredir, puede ser para defensa» (73).

Por último, el artículo 254 del Código Penal sólo hace referencia a las armas de fuego, mientras que el número 11 del artículo 2 de la LPRS, al igual que el artículo 18 de la Ley, comprende también cualquier otra clase de «armas u objetos» factibles de ser utilizados como instrumentos de agresión, pues aún no siendo legalmente armas, por su naturaleza y

al respecto, José Miguel ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, Granada, 1990, págs. 116 y ss.

(69) El párrafo 2 del artículo 4 del Reglamento de esta ley, aprobado por Decreto 1144/1971, de 13-5 («BOE» núm. 132, de 3-6), establece que «... la existencia del estado de peligrosidad social de apreciará tomando en consideración la repercusión que el comportamiento del sujeto podrá producir en la comunidad, su personalidad, los elementos ambientales y familiares y los demás a ponderar, pero consignando siempre todo ello expresamente en la resolución que se dicte». Sobre la declaración y valoración del estado peligroso, vid. Antonio SABATER TOMÁS, *Peligrosidad social y delincuencia*, Barcelona, 1972, págs. 43-74.

(70) *El delito de tenencia*, cit., págs. 220 y ss.

(71) Vid. la S. de 10-3-63 (A. 1.170), y Fiscalía del Tribunal Supremo, *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, Madrid, 1972, pág. 62.

(72) Vid. S. de la Sala de Apelación de Peligrosidad Social de 3-5-73.

(73) Cfr. A. SERRANO GÓMEZ, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «ADP», 1974, pág. 243.

características pueden servir para producir sus mismos efectos. Hay que indicar, además, que el vigente Reglamento de Armas señala en su artículo 6.º las armas e imitaciones de armas prohibidas, y en su artículo 98 se establece que quedan «al prudente criterio de las Autoridades y sus Agentes el apreciar» cuando es necesario el uso y porte de armas blancas y herramientas industriales «fuera del domicilio o lugar de trabajo o de las correspondientes actividades deportivas», indicando de una manera expresa ilícito «el hecho de llevarlas o usarlas los concurrentes a tabernas, establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento, así como, en todo caso, los que hubiesen sufrido condena o corrección por delitos o faltas contra las personas o la propiedad o por uso indebido de arma» (74).

Por consiguiente, las únicas semejanzas posibles habrá que encontrarlas en su misma naturaleza jurídica, ya que ambos supuestos se refieren a conductas de riesgo o peligro (potencial en el art. 254 y efectivo en el núm. 11 del art. 2), y en que el elemento material común sea un arma (75).

De todo lo expuesto parece deducirse que nos encontramos ante un supuesto de peligrosidad predelictual (76), sin embargo, al introducir la Ley de 28 de noviembre de 1974 las expresiones «intimidación» y «coacción», parece más adecuado destacar, como hace JORGE BARREIRO, el posible carácter postdelictual de este supuesto de estado peligroso «en cuanto contempla conductas que son constitutivas de delito» (77).

El proyecto de Código Penal de 1980 no contemplaba en el artículo 135, donde se recogían las diecinueve medidas de seguridad que se prevenían, ni la multa, ni la represión judicial ni el arresto de fin de

(74) Cfr. artículo 98, párrafo segundo, del Reglamento de Armas de 1981. Su precedente, el artículo 102 del Reglamento de Armas y Explosivos de 27-12-44, recogía, además, los «utensilios o instrumentos precisos para uso doméstico», manteniendo así la misma redacción del artículo 115 del Reglamento de Armas y Explosivos de 13-9-35.

(75) Sobre el tema, vid. Fiscalía del Tribunal Supremo, *Circulares...*, ob. cit., págs. 62-63; Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Aspectos sustantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social», en *Temas penales*, Santiago de Compostela, 1973, págs. 217-218; Agustín JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*, Madrid, 1976, pág. 213; Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, 1986, págs. 168-169.

(76) Sobre la naturaleza de las medidas de seguridad «predelictuales» y su inclusión o no dentro del campo del Derecho Penal, vid. F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, págs. 40 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976, págs. 23 y ss.; también, con carácter general, Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Las medidas de seguridad y corrección*, en «AP», núm. 36, 1991, págs. 449 y ss.

(77) Cfr. *Las medidas de seguridad...*, cit., pág. 214. En contra, Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social...*, cit., pág. 103, para el que «incluso en los casos de amenazas o coacciones de armas, de ellas no puede inferirse, sin más, que se produzcan reincidencias»; también para Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Ley de Peligrosidad...*, cit., pág. 224, tendría el carácter de predelictual, ya que «en los supuestos de manifestaciones y alteraciones del orden público, esta gente armada termina cometiendo alguna infracción contra las personas o daños en las cosas. La probabilidad de delinquir es grande», si bien, conviene indicar que su artículo fue compuesto antes de la reforma introducida por la Ley de 1974.

semana (78). Sin embargo, introducía como número 13 una de especial interés en el tema que nos ocupa: la «privación del derecho a portar armas blancas o de fuego, con retirada, en su caso, de la licencia de éstas últimas por tiempo máximo de quince años», medida que se incluía como de posible aplicación a prácticamente todos los supuestos que el Proyecto recogía en el capítulo II del título VI del Libro I (enajenados, alcohólicos o toxicómanos, mayor de quince años y menor de veintiuno que cometieren un delito, delincuentes habituales, delincuentes profesionales, etc.) (79). A este texto se le formularon cinco enmiendas, tendentes a que la privación del derecho a obtener la licencia correspondiente pudiera tener carácter definitivo.

Con la misma redacción, incluyendo la posibilidad de que «excepcionalmente, la privación de este derecho podrá tener carácter definitivo», aparecía en el número 9 del artículo 98 del texto de la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista como artículo 1.º de la enmienda a la totalidad al proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Penal, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Congreso de los Diputados) núm. 249.1 de 26 de febrero de 1982 (80).

(78) Al arresto de fin de semana y a la multa, como substitutivos de las penas de privación de libertad, se refiere el Proyecto en los artículos 90 y 10, respectivamente, pudiéndose substituir con la primera las penas de prisión no superiores a un año y con la segunda las inferiores a dos años.

(79) Esta medida no estaba contemplada en el Borrador de Anteproyecto del Título VI del Libro I, redactado por la Ponencia Especial para la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, por entender que «la privación del derecho a portar armas» debía ser incluida en el artículo 41 del Anteproyecto, entre las penas privativas de derechos. Esta Ponencia Especial, designada el día 12-5-78 por el Ministerio de Justicia, estaba formada por el Magistrado MORENILLA RODRÍGUEZ y por el Catedrático de Derecho Penal BARBERO SANTOS, como ponente general. Vid. el texto completo de dicho Borrador en Marino BARBERO SANTOS, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en «La reforma penal y penitenciaria», Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 114 y ss. Vid. también el texto completo del estudio presentado por dicha Ponencia Especial el 11-11-78, a la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación, en Marino BARBERO SANTOS, «La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; su reforma», en *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, págs. 155 y ss. Vid. también Agustín JORGE BARREIRO, *La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «CLP», tomo II, Madrid, 1983, págs. 483 y ss., especialmente las págs. 522-532 referidas al Proyecto de 1980; y Angel DE SOLA DUEÑAS, «Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo II, Barcelona, 1983, págs. 895 y ss. En el nuevo Código Penal panameño se incluye entre las medidas de seguridad preventivas de carácter personal (art. 108.6) «la prohibición de portar armas». Dicho Código indica que «las medidas preventivas son aquellas que tienden a evitar la conducta delictiva y no conllevan internamiento. Pueden ser de carácter personal o patrimonial» (art. 107). Vid. *Código Penal de la República de Panamá*, 1.ª edición oficial, Ministerio de Gobierno y Justicia, Panamá, 1982, pág. 41.

(80) El Gobierno, transcurridos más de dos años desde la publicación del Proyecto de 1980 (apareció con fecha de 17-1), al que se formularon un número considerable de enmiendas, 1.891 exactamente, comprendió que «la tarea, ya emprendida, no puede realizarse en unos pocos meses», por lo que remitió a las Cortes Generales este nuevo Proyecto de Reforma Parcial. Vid. la *Memoria-Exposición de Motivos*, en el «Boletín del Congreso de Diputados» citado, págs. 1873 y ss. Vid., asimismo, el texto completo de la

Al proyecto anterior siguió la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Congreso de los Diputados) de 25 de febrero de 1983, de un nuevo «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma urgente y parcial del Código Penal». En dicho Proyecto se incluía la adición de un nuevo párrafo al número 1 del artículo 8.º, del siguiente tenor: «Cuando el Juez o Tribunal sentenciador lo estimen procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas (81):

- a) Sumisión a tratamiento ambulatorio;
- b) privación del derecho de conducir durante el tratamiento o por plazo que se señale;
- c) privación del derecho a portar armas, para cuya tenencia se exija autorización administrativa durante el tratamiento o por el plazo que se señale.»

El texto transcrito es, prácticamente, idéntico al segundo párrafo del artículo 142 del Proyecto de 1980, con las únicas diferencias de que en este último se requería además el informe del Juez de Vigilancia, y se añadían al catálogo de medidas que podrían sustituir al internamiento las de «custodia familiar» y de «asistencia por delegados del Juez de Vigilancia» (82).

Al nuevo Proyecto le fueron formuladas 353 enmiendas, 16 de ellas a la nueva redacción propuesta para el número 1.º del artículo 8.º. La única que se refería en concreto al apartado c) del texto del Proyecto, era la número 68, formulada por el Diputado del Grupo Popular D. Juan Ramón CALERO RODRÍGUEZ, que proponía fuera sustituido por el siguiente texto: «privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas, o de la facultad de obtenerla, en intervención de las mismas, durante el tratamiento o por el plazo que se señale».

Como puede comprobarse fácilmente, la redacción propuesta difería muy poco de las formuladas por los Grupos Socialistas al proyecto de 1980 (83).

Propuesta Alternativa en CPC, núm. 18, 1982, págs. 609 y ss., con amplia nota introductoria redactada por Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE.

(81) Vid. Julio DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El enajenado y su tratamiento jurídico-penal*, en «ADP», 1988, págs. 465 y ss.

(82) No se explica cómo las enmiendas núms. 144 y núms. 405 y 406, formuladas por los Grupos Parlamentarios Socialistas de Cataluña y Socialistas, respectivamente, propugnaban modificar el texto dando una nueva redacción al apartado c) con este tenor literal: «Privación de la licencia de armas de fuego o del derecho a obtenerla durante el tratamiento, o por plazo que se señale», y ahora, en un Proyecto de Ley Orgánica, que se presume ha sido redactado por dichos Grupos, se vuelve a la redacción original del Proyecto de 1980, al que se hicieron las enmiendas rescindidas.

(83) Vid. nota anterior y véase la paradoja de que el Grupo Popular enmiende un texto del Grupo Socialista con los mismos o análogos términos que los empleados por dicho Grupo Parlamentario dos años antes.

La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el texto del citado Proyecto, con buen criterio, estimó que debía ser aceptada la enmienda y sustituyó totalmente el contenido de la letra *c*) por el propuesto en la citada enmienda. Igualmente, la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados en su sesión de 13 de abril de 1983 examinó el texto de la Ponencia y mantuvo la misma redacción en el Dictamen elevado al Presidente de la Cámara para su discusión en el Pleno correspondiente, con la única variación de sustituir la expresión «en intervención» por la de «con intervención», que es más correcta.

Así fue aprobado, y así aparece ahora en el artículo 8.1 del Código Penal, tras la reforma operada en el mismo en 25 de junio de 1983.

Esta limitación de derechos, pues no es otra cosa la privación de licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas, o de la facultad de obtenerla, que introducía como «medida» la Ley Orgánica 8/83, de reforma urgente y parcial del Código Penal, no era ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, el artículo 82 del Reglamento de Armas de 24 de julio de 1981 ya establecía que «para solicitar la licencia y permisos de armas, además de la documentación requerida para cada supuesto en los correspondientes artículos de este Reglamento, los interesados deberán acreditar que *poseen aptitudes psicofísicas adecuadas* y los conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo de las armas...», agregando en su apartado 2 que «en ningún caso podrán tener ni usar armas *ni ser titulares de las autorizaciones* y guías correspondientes las personas cuyas condiciones psicofísicas les impidan su utilización, y especialmente, aquellas personas tales como los enfermos mentales, toxicómanos o peligrosos sociales, respecto a los cuales su posesión y uso *representan un riesgo para ellos mismos o para los demás*» (84). (Más adelante veremos como en el art. 28.2 de la Ley se contemplan ideas muy similares).

Además, en el artículo 147 de dicho Reglamento de Armas (incluido dentro de la sección 3.^a del capítulo I del título III, es decir, en la sección rubricada con el nomen de «sanciones»), modificado por Real Decreto de 1 de junio de 1983, se establece que: «La retirada de las armas y de los documentos correspondientes tendrá lugar en casos de gravedad, reincidencia y *peligrosidad*.»

También, y para los supuestos reseñados, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 incluía en su artículo 101, *f*) como medida no privativa de libertad la «privación del derecho a portar armas blancas o de fuego con retirada, en su caso, de la licencia de estas

(84) Texto prácticamente idéntico al contemplado en el artículo 2.2 del Decreto 2.122/72, de 21-7, por el que se regulan las armas y medios de caza que precisan de autorización gubernativa especial. Dicho Decreto fue derogado por el Real Decreto 2179/81, de 24-7, por el que se aprueba el Reglamento de armas (vid. su Disposición derogatoria). Vid. también el Real Decreto 2283/1985, de 4-12 y Orden de 28-5-86, en que se regula la emisión de los informes de aptitud necesarios para la obtención de licencias, permisos y tarjetas de armas.

últimas por tiempo máximo de cinco años. Excepcionalmente, la privación de ese derecho podrá tener carácter definitivo». Como puede fácilmente comprobarse, es copia casi literal del número 13 del artículo 135 del Proyecto del Código Penal de 1980 (85), al que se ha agregado el inciso final de «excepcionalmente... carácter definitivo» que, como se indicó anteriormente, se contenía en la Enmienda a la totalidad formulada por el Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal de 1982.

Recientemente, en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal (Parte General) dado a la luz pública en octubre de 1990, se incluye entre las medidas no privativas de libertad en el artículo 100.b) la «privación de la licencia de armas por tiempo máximo de cinco años».

Como puede comprobarse, desaparece toda referencia a si las armas son de fuego o blancas; ello es lógica consecuencia de que éstas últimas no necesitan licencia. Al respecto, se señala en el artículo 98 del Reglamento de Armas que su adquisición y tenencia es libre para personas mayores de edad.

Independientemente de ello, conviene recordar que el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que durante el estado de excepción la autoridad gubernativa podrá proceder a la incautación de toda clase de armas, municiones o sustancias explosivas.

3. En cuanto a las *infracciones*, se consideran por el artículo 23 de la Ley como *graves*, y a los efectos que aquí interesan, entre otras: a) La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal; y b) La omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o de los explosivos.

El artículo 24 señala que ambas «podrán ser consideradas *muy graves* teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieren alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieren producido con violencia o amenaza colectivas».

Además el artículo 25.1 de la Ley también considera como *graves* «el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.

(85) Únicamente se cambia el plazo máximo de quince años por el nuevo de cinco años.

El artículo 26 considera como *leves*, entre otras: «c) La omisión o la insuficiencia de medidas para garantizar la conservación de las documentaciones de armas o explosivos, así como la falta de denuncia de la pérdida o sustracción de tales documentaciones», y «g) La exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación», a la que ya nos referimos anteriormente.

Conviene señalar que se ha aprovechado la ocasión para incluir como infracciones a esta Ley supuestos que aparecían como «faltas» en el Libro III del Código Penal hasta la reforma operada en el mismo por la L.O. 3 /1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

En efecto, dicha Ley suprimió el elenco de las faltas, entre otros, los supuestos de los artículos 568 (aunque no todos) (86); 570, 1.º, 2.º, 3.º y 4.º; 572, 1.º; 576, 2.º y 3.º; 577, 3.º, 4.º, 7.º y 8.º; 578, y 584, 7.º. En la Disposición Adicional Quinta de la Ley de actualización se señalaba de una manera «enigmática» (87) que las infracciones previstas en algunos de dichos artículos «continuarán vigentes con el carácter de infracciones administrativas y con la sanción pecuniaria señalada en el Código Penal», mientras que, en otros, «podrán ser sancionadas con las multas hasta entonces previstas en dicho Código de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 133 a 137 de la Ley de 17 de julio de 1958».

En este sentido, por ejemplo, la antigua infracción contenida en el artículo 578 del Código Penal ha sido recogida sustancialmente en los apartados *d)* y *n)* del artículo 23 de la Ley; el número 7 del antiguo artículo 584 se contiene ahora en el apartado *d)* del artículo 26 de la Ley; las de los artículos 568 y 570, en el apartado *i)* del artículo 26, etc.

Todos esos supuestos eran faltas «contra el orden público» o «contra los intereses generales y régimen de las poblaciones». Sobre ellas se había dicho, al elaborar el anteproyecto de la Ley de Actualización que por «contradicción con el principio de intervención mínima, y en atención a su inclusión en el ámbito del derecho administrativo sancionador, se entendió precisa la desaparición del Código de todas aquellas faltas que suponen contravención de normas administrativas, y que no sancionan efectivas vulneraciones de bienes jurídicos» (88).

4. La potestad sancionadora de la Administración (89), actualmente

(86) Vid. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Sobre el delito y la falta de disparo», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo I, Madrid, 1989, págs. 239 y ss.

(87) Vid. críticamente, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *La actualización del Código Penal de 1989*, Madrid, 1989, págs. 17 y ss.

(88) Cfr. Carlos GARCÍA VALDÉS, «La reforma del Libro III del Código Penal», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al Profesor Rodríguez Devesa*, tomo I, Madrid, 1989, pág. 326. Sobre estas cuestiones y sus repercusiones en el campo procesal, Vid. con anterioridad a la Ley de actualización, Antonio GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Consideraciones sobre la reforma del Libro III del Código Penal*, en «ADP», 1987, págs. 609 y ss.

(89) Sobre las diversas cuestiones que plantea la potestad sancionadora de la

reconocida en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978, con ese desarrollo tan espectacular que denunciara PARADA (90), se pone otra vez de manifiesto en las elevadas cuantías de las penas pecuniarias que prevé la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana en su artículo 28.

En efecto, el artículo 28.1 de la Ley prevé:

- a) Multa de cinco millones y una pesetas a cien millones de pesetas, para infracciones muy graves. De cincuenta mil y una pesetas a cinco millones, para infracciones graves. De hasta cincuenta mil pesetas, para infracciones leves.
- b) Retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.
- c) Incautación de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones y, en especial, de las armas, de los explosivos, de las embarcaciones de alta velocidad o de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- d) Suspensión temporal de las licencias o autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años para infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves en el ámbito de las materias reguladas en el Capítulo II de esta Ley.

Además, en el artículo 28.2 se indica que: «Las infracciones previstas en el artículo 25 podrán ser sancionadas, además, con la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y con la retirada de permisos o licencias de armas, procediéndose desde luego a la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.» Conviene completar este precepto con el artículo 25.2, que señala: «Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.»

Me parece tan clara la lógica interna de ambos apartados que el

Administración vid. últimamente, S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, págs. 29 y ss.; JOSÉ GARBERI LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989, págs. 51 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, cit., págs. 359 y ss.; F. SANZ GANDESEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, passim; J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, págs. 20 y ss.; Juan Francisco MESTRE DELGADO, «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, cit., tomo III, págs. 2493 y ss., y Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas*, cit., págs. 9 y ss.

(90) Vid. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en el núm. 67 de esta REVISTA, 1972, págs. 41 y ss.

número 2 del artículo 25 debió pasar a ser el artículo 28.3, produciéndose entonces una nueva numeración en los actuales números 3 y 4, que pasarían a ser 4 y 5.

Por otra parte este artículo 25.2 hay que concordarlo con el artículo 93 bis del CP, introducido por la LO 1/1988, de 24 de marzo, que reformó el CP en materia de tráfico ilegal de drogas (91). Este artículo señala excepciones a las condiciones necesarias para suspender el cumplimiento de las penas (instituto de la remisión o condena condicional).

La importancia de las *multas* previstas llama poderosamente la atención. No se olvide que son consecuencias jurídicas de infracciones de menor entidad al ser sus presupuestos meros ilícitos administrativos; en consecuencia, no se ve la razón para que sus topes sobrepasen en tanta cantidad los previstos en el Código Penal para los delitos (92).

Un somero repaso al Código Penal nos muestra, en su artículo 74, que «la multa en la cuantía de 100.000 a 1.000.000 de pesetas se considerará como la última pena de todas las escalas». Sin embargo, es cierto que en algunos otros artículos se sobrepasa ampliamente: así, por ejemplo, en el artículo 340 bis *d*) puede llegar a 3 millones, en el artículo 344 ter, a 20 millones, y en el artículo 344 hasta los 50 millones; en cualquier caso, nunca a los 100 millones que se indican en el artículo 28 de la Ley.

Al respecto, señala PARADA la necesidad de que el Tribunal Constitucional señale unos límites cuantitativos a las sanciones que la Administración puede imponer a los ciudadanos, afirmando que no es constitucionalmente admisible que las leyes puedan determinar sanciones económicas ilimitadas para ser impuestas por las autoridades administrativas con motivo de las infracciones a la legislación de esta índole (93). En este sentido ya señaló BAJO que debe tenderse a una «desadministrativación» de la actividad sancionadora de la Administración (94); sobre todo si se tiene en cuenta que, siendo la multa la principal pena del Derecho administrativo, ésta ni en denominación ni en contenido se distingue de la multa del Código Penal (95).

Esta última afirmación no es sino una consecuencia ineludible de que sus presupuestos (ilícito penal e ilícito administrativo) no tienen una *diferencia sustancial*. Todos los intentos doctrinales al respecto han fracasado, lo mismo que el del artículo 603 del Código Penal de diferenciar

(91) Vid. Carlos GONZÁLEZ ZORILLA, «Remisión condicional de la pena y drogodependencia», en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XII, Madrid, 1990, págs. 2 y ss.

(92) Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Multas administrativas*, en el núm. 79 de esta REVISTA, 1976, págs. 9 y ss.

(93) Cfr. *Derecho administrativo*, cit., pág. 427. Más adelante señala que «Resulta inexplicable que la Administración española no pueda privar a un ciudadano de su libertad por arresto ni de veinticuatro horas, pero pueda con multas de cientos de millones de pesetas condenarle de por vida a la más absoluta miseria. Parafraseando a Lenin, cabría decir entonces ¿libertad para qué?»

(94) Vid. Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, págs. 96 y ss.

(95) Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid, 1974, págs. 13-14 (igualmente en *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1977, pág. 29).

las propias sanciones impuestas por la Administración de aquéllas que imponen los órganos de justicia en función de la cuantía, de modo que la Administración no pueda imponer penas superiores a las previstas para las faltas (96).

Demostrada la inviabilidad de los criterios cualitativo y cuantitativo para distinguir los ilícitos penales de los administrativos, se propugna ahora por TORIO un método valorativo, lo que «presupone la descripción rigurosa de las propiedades de la materia, es decir, del comportamiento, de su dirección de ataque, de su frecuencia, de las consecuencias sociales de su diseminación, etc., del significado de la norma infringida para la colectividad, de los efectos contraproducentes que la prohibición concreta conlleva, etc. Sobre tal cúmulo de datos emerge finalmente la valoración jurídica» (97).

5. El principio de *non bis in idem*, que imposibilita sancionar doblemente una misma conducta, comporta sin duda un primer límite a la facultad sancionadora de la Administración (98).

Este principio, aunque no tiene una proclamación expresa en nuestra Constitución, fue «constitucionalizado» en una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional: la de 30 de enero de 1981. En ella se afirma, en el Fundamento Jurídico cuarto, que el *non bis in idem* constituye un «principio general del derecho... íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (99). Así lo ha entendido también la doctrina (100).

El artículo 32.1 de la Ley contiene una de las dos vertientes, que podemos llamar material, del principio de *non bis in idem* al afirmar que «no se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos», texto casi idéntico al del artículo 2 del Real Decreto-

(96) Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, cit., pág. 34; Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, tomo II, Madrid, 1987, pág. 415. La evolución histórico-dogmática de la cuestión puede verse en Heinz MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, traducción y notas de José M.^o RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1979, págs. 138 y ss.

(97) Angel TORIO LÓPEZ, «Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, tomo III, cit., pág. 2540.

(98) Cfr. Manuel COBO DEL ROSAL y Javier BOIX REIG, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid, 1982, pág. 213. Vid., sobre otros límites constitucionales, GARBERI, *La aplicación*, cit., págs. 70-90.

(99) STC 2/1981, de 30 de enero, pronunciada por la Sala Primera y de la que fue ponente D. Manuel DIEZ DE VELASCO. En igual sentido las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, 66/1986, de 23 de mayo, 154/1990, de 15 de octubre, y 150/1991, de 4 de julio.

(100) Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, en «REDA», núm. 29, 1981, págs. 359 y ss.; Luis PRIETO SANCHIS, *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, en «REDC», núm. 4, 1982, págs. 99 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *Sanciones*, cit., pág. 179; DEL REY, *Potestad sancionadora*, cit., págs. 80 y ss.

Ley de 25 de enero de 1977, por el que se modificaron algunos artículos de la Ley de Orden Público (101).

La otra vertiente, de carácter procesal, impide que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos (administrativo y penal). ¿Significa esto que la Autoridad administrativa debe estar subordinada, y vinculada, a la resolución del tribunal penal? Si se contesta afirmativamente, como parece lógico, ante un mismo hecho constitutivo de delito o falta y de infracción administrativa, además de existir obligación de la Autoridad administrativa de poner en conocimiento del Juez penal competente el hecho, debe paralizarse el procedimiento sancionador mientras no recaiga el pronunciamiento judicial. Al respecto, la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1985 (ponente D. Eugenio DÍAZ EIMIL) que ordena la suspensión de la orden de retirada de la licencia de armas por haber matado un jabalí hasta que no se declaren como probados los hechos en la jurisdicción penal (A. 6545).

No es esto, sin embargo, lo que se mantiene en los números 2 y 3 del artículo 32 de la Ley, sino todo lo contrario. Así, se dice:

«2. Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.

3. Las medidas cautelares adoptadas por las Autoridades sancionadoras antes de la intervención judicial podrán mantenerse en vigor mientras no recaigan pronunciamientos expreso al respecto de las Autoridades judiciales.»

Se incurre así, a mi juicio, en una importante quiebra del principio. Curiosamente existe un paralelismo evidente con el artículo 8.3 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y, lo que en esta última norma disciplinaria pudiera parecer aceptable (lo cual es, cuanto menos, de dudosa constitucionalidad) (102), no lo es claramente en la de Protección de la Seguridad Ciudadana. Mejor hubiera sido, a mi

(101) Vid. sobre la importancia de esta modificación legal, Javier BOIX REIG, *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, en «CPC», núm. 3, 1977, págs. 47 y ss. Este artículo 2 suele ponerse como ejemplo por la Doctrina del cambio de rumbo legislativo tendente a la consagración del *non bis in idem*. Ello es cierto, aunque sólo con referencia a normas de protección del orden general.

(102) El Tribunal Constitucional hizo una distinción al respecto entre sanciones de protección del orden general y de autoprotección, excluyendo de estas últimas la aplicabilidad del principio. Vid. DEL REY, *Potestad sancionadora*, cit., pág. 109 y notas 68 y 72. No obstante, véanse las matizaciones introducidas en la reciente STC 234/1991, de 10 de diciembre.

juicio, seguir la pauta marcada en el artículo 3.1 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social (103).

Ahora, ¿qué ocurre si el tribunal penal absuelve al sujeto? ¿Puede entonces la Administración continuar el procedimiento y, en su caso, declarar la responsabilidad en el ámbito administrativo?

La fundamental sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre (pronunciada por la Sala Segunda y de la que fue Ponente D. Luis DIEZ-PICAZO), así lo afirma siempre que se tengan presentes la imposibilidad de discrepancias en el relato fáctico entre el Juez penal y la Administración sancionadora, y la subordinación de la Administración a la autoridad judicial (104). Paradigmático me parece al respecto el artículo 9.4 b) de la ley sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios.

Al respecto, el artículo 34 de la Ley señala que «la Autoridad sancionadora quedará vinculada por los hechos declarados probados en vía judicial». Lo cual no es sino una consecuencia más de la vigencia del principio (105).

6. En definitiva, continúa siendo urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho Penal y el Derecho Administrativo (106), dado que «el capítulo de la actividad sancionatoria de la Administración es de los más imperfectos de nuestro actual Derecho Público» (107).

En estos momentos, en que se nos anuncia por el Gobierno el envío a las Cortes Generales de un Proyecto de nuevo Código Penal, no debe desaprovecharse la ocasión para elaborar paralelamente un «código» o Ley de contravenciones y una Ley sobre la potestad sancionadora de la Administración (108); pues, como recuerda ahora TORIO, «la inexistencia

(103) Vid. sobre dicha ley, DEL REY, *Potestad sancionadora*, cit., passim; Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social*, en «Relaciones laborales», núm. 11, 1988, págs. 28 y ss.; J. GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Madrid, 1989, y F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social*, en «Relaciones Laborales», núm. 13, 1988, págs. 9 y ss. Vid. también sobre ésta y otras leyes postconstitucionales, E. BACIGALUPO, *Sanciones*, cit., págs. 37 y ss.

(104) Vid. el comentario de A. MUÑOZ QUIROGA, *El principio «non bis in idem» (STC de 3 de octubre de 1983)*, en «REDA», núm. 45, 1985, págs. 129 y ss. Vid. también Antonio CANO MATA, *Las infracciones administrativas en la doctrina del tribunal Constitucional*, Madrid, 1984, págs. 18 y ss.; SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora*, cit., pág. 136; SUAY RINCÓN, *Sanciones*, cit., págs. 178 y ss., y recientemente, Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Sanción penal-sanción administrativa: el principio «non bis in idem» en la Jurisprudencia*, en «PJ», núm. 22, 1991, págs. 113 y ss.

(105) Vid. GARBERI, *La aplicación*, cit., págs. 157 y ss.

(106) Vid. José CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo», en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, págs. 87 y ss. (idénticamente en su *Curso de Derecho Penal Español*, PG, I 3.ª ed., Madrid, 1985, pág. 50), y Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, tomo II, cit., págs. 414 y ss.

(107) Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «REDA», núm. 10, 1976, pág. 430. Vid. ahora Juan Francisco MESTRE DELGADO, *La configuración constitucional*, cit., págs. 2494 y ss.

(108) Conviene recordar que en la Disposición Final Segunda de la Propuesta del

de una ley general sobre infracciones administrativas constituye una laguna llamativa de nuestro sistema jurídico. La situación del derecho penal administrativo vigente presenta una profusión y anarquía que deberían corregirse con celeridad» (109).

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

nuevo Código Penal de 1983 se prometía que «El Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley... sobre la Potestad Sancionadora de la Administración». Vid. Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Blanca MENDOZA BUERGO, *Hacia una ley de contravenciones: el modelo portugués*, en «ADP», 1983, págs. 567 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso*, I, cit., pág. 52.

(109) Cfr. Angel TORIO LÓPEZ, *Injusto penal*, cit., pág. 2543.

