

# Vigilantes jurados: una normativa insuficiente

Mariano FERNANDEZ BERMEJO

Cada vez con más frecuencia los medios de comunicación social dan cuenta de incidentes protagonizados por algunos de los innumerables —se habla de unos 50.000— «vigilantes jurados de seguridad», que durante el último decenio han poblado la geografía urbana conformando ya, con la monotonía propia de lo ordinario, el decorado habitual de todo tipo de ambientes, desde las oficinas bancarias hasta los pasillos del metropolitano, pasando por edificios públicos de toda condición, lo que permite aventurar, sin casi ironía, que quizás no esté lejano el momento en que a tales guardianes les sea encomendada la vigilancia de los establecimientos militares y hasta —¿quién sabe?— de los cuarteles de la Guardia Civil.

Nada sorprendente resultaría todo ello de no ser por el hecho —nadie es perfecto— de que constituyen un verdadero ejército privado, o mejor decir, un conjunto de ejércitos privados mantenidos por empresas que han hecho de la seguridad —más bien del sentimiento de inseguridad— su negocio, hasta el punto de ser ahora, cada vez más, quienes prestan ¡al propio Estado! la seguridad que, teóricamente, éste debía proporcionarles.

Por mucho que ello pueda resultar contrario a esquemas todavía comúnmente aceptados, no parece razonable pretender detener los procesos sociales espontáneos o negar evidencias tan palpables, y menos aún hacerlo desde posicionamientos dogmáticos acerca de la soberanía —y su expresión interior: la autoridad— tan superados en los días que corren, en que el modelo de relaciones locales y exteriores encuentra uno de sus pilares en el fraccionamiento de la soberanía, de la que cada vez más participan personas y grupos no gubernamentales, que así recuperan parte de lo que, a la postre, no es sino suyo.

Aceptar eso no es incompatible, sin embargo, con un mínimo ejercicio de responsabilidad: tales cambios se insertan en una estructura jurídica cristalizada, que exige modificaciones para que la asimilación de aquéllos se produzca sin excesivos traumas.

Puede afirmarse, en tal sentido, que el súbito despliegue de tales efectivos parapoliciales no ha venido acompañado de la necesaria cobertura legislativa, lo que aun siendo expresión de un principio sociológico que sitúa al Derecho siempre en pos de los procesos sociales en permanente cambio, no deja de presentar aspectos preocupantes, que alcanzan gravedad en una de las esferas más sensibles del acervo legal: el Derecho penal.

Y es que a pesar de existir diversas normas que regulan el ser y actuar de tales colectivos, su deficiente inserción en el conjunto normativo permite

afirmar la existencia de lagunas importantes que afectan precisamente al ámbito del ejercicio del derecho de castigar.

## NORMATIVA BASICA

No es momento de examinar las causas del fenómeno —inserto en los desajustes inevitables que acarrea el paso de un sistema político autoritario a un régimen de libertades—, pero lo cierto es que en los años 1977 y 1978 se produce la regulación básica del que podemos denominar sistema de seguridad privada, que esencialmente se traduce en el reconocimiento estatal de la licitud de creación de empresas mercantiles cuyo objeto es precisamente la prestación de servicios de seguridad, financiados directamente por el usuario.

Con el modestísimo rango normativo de Decreto (el 2113/77, de 23 de julio) aparece así en nuestro panorama legal la primera regulación de tales compañías, que tendrá su complemento en otro de 10 de marzo de 1978 (el 629/78) dedicado a precisar las «condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los vigilantes jurados de seguridad», y que todavía hoy constituye el estatuto básico de ese más que amplio colectivo de personas armadas que, ligadas a una entidad mercantil por un contrato laboral, tienen encomendadas la «defensa de los intereses puestos bajo su custodia», según reza la peculiar fórmula del juramento que, de conformidad con el artículo 3.º de aquella norma, vienen obligados a prestar.

No resulta trascendente a nuestros fines la exposición pormenorizada de las sucesivas normas —jamás de rango superior al de Real Decreto— que a partir de aquéllas han regulado la materia. Basta apuntar que las que desde aquellas fechas se ocuparon de la regulación de la seguridad en establecimientos industriales y de comercio han sido refundidas en el Real Decreto 1338/84 de 4 de julio, que las deroga, constituyendo éste, con el ya citado 629/78, de 10 de marzo (apenas reformado por otro de 23 de febrero de 1983) la base legal de la prestación de servicios de seguridad por particulares, que tiene su exacta réplica, en materia de custodia de explosivos, en el Real Decreto 760/83, de 30 de marzo.

La lectura de aquella normativa llama la atención del jurista inevitablemente, al constatar que el modelo de seguridad privada ha sido introducido en nuestra sociedad de la mano de un simple decreto, pero más aún sorprende al penalista cuando se entera de que los vigilantes jurados «en el ejercicio de

su cargo *tendrán el carácter de agentes de la autoridad*», siempre que presten su servicio «de uniforme» (arts. 7 y 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978 y art. 9 del Real Decreto 760/83, de 30 de marzo, en relación con los guardas jurados de explosivos).

Tan rotunda afirmación debiera poder significar —ya veremos que no puede tanto— que con tal investidura quedan aquéllos sometidos íntegramente al estatus jurídico penal correspondiente, esto es, *más protegidos y más responsables*, por el juego coordinado de los preceptos que en el Código penal tipifican los delitos de atentado o desacato (arts. 231 y ss.) y, en general, los de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, ubicados o no en el título VII del libro II del Código penal.

Pero ¿puede acaso producir tal efecto la investidura de autoridad proclamada en este decreto?

Caben, en principio, diversas lecturas de aquella normativa: la primera es considerar que el decreto *sólo* dice que deben ser tenidos por agente de la autoridad y que eso sólo supone mayor protección, no mayor responsabilidad. Aceptar eso supone aceptar que el concepto «agente de la autoridad» es distinto al de «funcionario», esto es, que el agente de la autoridad *no* es un funcionario, —aunque puedan concurrir en una misma persona ambas cualidades.

Ello significaría que los vigilantes jurados tendrán la especial protección que deriva de los artículos 231 y ss., del Código penal frente a los atentados y desacatos contra ellos perpetrados, pero que, al no ser funcionarios, no pueden incurrir en ninguno de los delitos en cuya tipificación exige el Código penal tal cualidad en el sujeto activo. Esto es, no incurrirán en los delitos correspondientes aunque, maliciosamente, no persigan a los delincuentes (359) o sean infieles en la custodia de detenidos o presos (362-363), o revelen las informaciones o secretos de que tengan conocimiento por razón de su cargo (367-368) o se nieguen a cooperar con la Administración de Justicia (371) o cometan cohecho en cualquiera de sus formas (385 y ss.) o malversen caudales públicos (394 y ss.), etc.

Una mínima sensibilidad jurídica basta para rechazar de plano la tesis anterior, que a tal dislate conduce, y no debe resultar difícil fundamentar técnicamente lo que la razón dicta: el penalista acudirá al artículo 119 del Código penal, que dará cobertura a la afirmación de que tales vigilantes son funcionarios públicos, a efectos penales, si se encuentran en alguno de los supuestos que el precepto contempla. Así podrá afirmarse, agentes de la autoridad son porque lo dice el decreto y funcionarios cuando se derive del artículo 119 del Código penal.

Tan, aparentemente, sencilla solución encuentra obstáculos insalvables a poco que se profundice en la cuestión. Primero, porque no existen agentes de la autoridad no funcionarios. Segundo, porque de conformidad con el artículo 119 del Código penal resulta más que dudoso que puedan tales personas ser consideradas como tales.

En efecto, el «agente de la autoridad» no es más que una clase de funcionario, el funcionario agente, esto es, investido de autoridad delegada de la que ostenta el funcionario autoridad. Lo deja muy claro Cerezo Mir («Problemas Fundamentales del Dere-

cho Penal»; Editorial Tecnos, 1982, pág. 207 y ss.) cuando, citando a Groizard, afirma: «En sentido estricto, agente es sólo aquel funcionario público que sirve a la autoridad mediante actos de índole ejecutiva, es decir, que está encargado de aplicar o hacer cumplir las disposiciones de la autoridad». Por qué entonces esa referencia expresa a los funcionarios públicos —junto con los agentes de la autoridad— en los artículos 231-2.º, 236 y 245 del Código penal?

Un brevísimo análisis histórico pone de relieve que en tales preceptos —o sus equivalentes en códigos pretéritos— sólo se contemplaba la protección penal de los agentes de la autoridad, junto con la autoridad misma.

Así, frente al modelo del Código penal de 1822 que al tipificar el delito de atentado, en su artículo 326, cita a «otro cualquier funcionario público» junto a una larga serie de autoridades, en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870 sólo se protege a la autoridad y sus agentes (arts. 189, 189-2.º y 263, respectivamente), sin sentir nunca la necesidad de explicar —por obvio— que se trata de una clase de funcionarios.

En estos códigos se dedica un título a los delitos cometidos por los funcionarios —sin distinción de clase—, mientras que la protección que se les dispensa es diferente según que sean o no «agentes de la autoridad», pues sólo la de éstos se refuerza ante las agresiones de que puedan ser objeto. Ello es plenamente coherente con la consideración del atentado como un ataque al principio de autoridad —bien jurídico que se protege—, lo que obligaría a limitar la protección, junto con la autoridad misma, a los funcionarios agentes, únicos portadores, si bien por delegación, de esa emanación de la soberanía en que la autoridad consiste.

Tan es así que el Código penal de 1870 dedica al desacato sus artículos 266 y ss., bajo esta rúbrica: «De los desacatos... a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a *los demás* funcionarios públicos» (la cursiva es nuestra), que hace innecesario cualquier comentario acerca de la cualidad de funcionarios de los agentes de la autoridad.

La omisión de toda referencia a los funcionarios públicos no agentes en la regulación del atentado, obligó al Tribunal Superior bajo la vigencia del Código penal de 1870, a interpretar el concepto agente en sentido amplio para poder extender la tutela penal a todos los funcionarios públicos (Cerezo, *op. cit.*, pág. 209), llegando a considerar tal a los barrenderos municipales en cuanto que ejecutores de los mandatos de la autoridad (S. 6-6-1879) o a los «escribanos de actuaciones judiciales», en los actos que ejercen con especial mandato de la autoridad (9-2-1877).

Ello explica que el Código penal de 1928 —proclive por razones obvias a reforzar el principio de autoridad— se decida a extender esa especial protección penal a todos los funcionarios, no sólo a los agentes de la autoridad, asumiendo el más que generoso criterio jurisprudencial, al referirse en el artículo 320 a «los que atentaren contra los agentes de la autoridad u *otros* funcionarios públicos» (la cursiva es nuestra), lo que revela con claridad qué en-

tiende por agente de la autoridad el legislador del 28.

Y este criterio extensivo reaparecerá en el Código penal de 1944, tras el período de vigencia del Código penal de 1932 que había regresado a la fórmula restrictiva de los códigos penales precedentes.

Lo dicho deja fuera de toda duda que *no existen agentes de la autoridad no funcionarios*, o, dicho en activa, que todo agente de la autoridad es un funcionario, precisamente aquél en quien se deposita una fracción delegada de autoridad, lo que cerrando el sistema explicaría por qué el legislador *jamás* ha sentido la necesidad de citar expresamente a los agentes de la autoridad (a esa clase de funcionarios, debiéramos decir) al tipificar los delitos propios de los mismos (algunos de los cuales, por cierto —como el previsto en el vigente 359 del Código penal—, tan genuinamente referidos a ellos).

Pero ello nos conduce directamente a la segunda gran cuestión antes propuesta. Si no existen agentes de la autoridad no funcionarios, resulta evidente que *sólo pueden ser penalmente considerados tales quienes resulten serlo conforme al artículo 119 del Código penal* o, lo que es igual, ninguna norma de rango inferior al Código penal puede establecer quiénes tienen a efectos penales la condición de funcionarios agentes de la autoridad y ello en virtud de la llamada «reserva formal» de ley que constituye, con la «reserva material», la manifestación externa del principio de supremacía de la ley sobre el reglamento.

Así como la reserva material supone la existencia, por imperativo constitucional, de un elenco de materias inaccesibles al reglamento, la reserva formal significa, como dice Parada Vázquez («Derecho Administrativo, Parte General», Madrid, 1989, pág. 54), «que cualquier materia por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, ya no puede ser regulada por un reglamento. Su rango se ha elevado, se ha congelado en un nivel superior y por ello es ya inaccesible a la potestad reglamentaria».

La consecuencia es obvia: sólo si conforme al artículo 119 del Código penal los vigilantes jurados son funcionarios, podrá reconocérseles la cualidad de tal a efectos de su protección penal: *sólo entonces serán legalmente agentes de la autoridad*, cualidad inexistente en caso contrario, pese a lo dispuesto en disposiciones —los decretos citados— cuyo insuficiente rango normativo transforma en nulo su contenido al respecto.

Ahora, nuestra segunda afirmación: *conforme al artículo 119 del Código penal los vigilantes jurados no deben ser considerados funcionarios públicos*.

Tal norma —se repite insistentemente— contiene el concepto jurídico-penal de funcionario, más amplio, dicen todos, que el jurídico-administrativo. Conforme a ella, tienen tal consideración quienes «por disposición inmediata de ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas».

Dos son, pues, las condiciones que determinan tal cualidad: una, fáctica, la participación en el ejercicio de funciones públicas; otra, jurídica, que vincula la legitimación, para tal ejercicio a la ley, la elección o el nombramiento emanado de autoridad competente.

Creo al respecto que, dado el marco normativo en que se desenvuelve su actividad, *no puede afirmarse que los vigilantes jurados participen del ejercicio de funciones públicas; descartadas la ley y la elección como fuentes de su legitimación creo además que no puede aceptarse que su nombramiento emane de autoridad competente*.

## NO PARTICIPAN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

La distinción entre lo público y lo privado, lejos de resultar fácil, exige profundizar en el examen de los fines y del marco en que la actividad se desarrolla para decidir si, en el entrecruce de motivaciones y finalidades de uno y otro signo, puede aislarse como predominante un núcleo definido —público o privado— en relación con el cual resulten periféricos el resto de elementos presentes.

Creo, en tal sentido, que la actividad de los vigilantes jurados no puede ser calificada de pública ni por finalidad, ni por el régimen de vinculaciones en que se presta, ni por el estatuto personal de quienes la realizan, ni, en fin, por el esquema de responsabilidades que su gestión genera.

De cuál sea la finalidad de su misión da idea cetera el artículo 3.º del Decreto de 10 de marzo de 1978, que les obliga a jurar «cumplir bien y fielmente los deberes del cargo y defender los intereses puestos bajo su custodia, en bien de la seguridad ciudadana y de España». De lo que resulta ser *lo nuclear* la defensa de los intereses de la empresa, cuyos locales y bienes son *su primer objeto de vigilancia*, conforme al artículo 18 del decreto, con una —inevitable por otra parte— referencia a su *colateral proyección colectiva* (en bien de la seguridad ciudadana... etc.).

El orden de prioridades está muy claro: los intereses de la empresa, si bien orientados hacia el común. ¿Qué es lo nuclear?, ¿qué lo accesorio? ¿Quién interpreta de qué modo se van a hacer coincidir ambos intereses en caso de conflicto?

El estatuto personal de los vigilantes en cuestión despeja cualquier posible duda: la prohibición (art. 8) de que su aspecto exterior guarde semejanza con el de las Fuerzas de Seguridad —su símbolo externo más significativo es el escudo-emblema de la empresa— es perfecto reflejo de la total desemejanza estatutaria de unos y otros: Así, frente al mandato de *imparcialidad* contenido en el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, número 2/86, de 13 de marzo, consagra el Decreto del 78 la más perfecta parcialidad emanada de la exclusiva dependencia de la empresa (art. 11) y del propio contexto de la función (arts. 3.º y 18).

Frente al *principio de jerarquía y subordinación a la autoridad* (art. 5.1.d.) que en ningún caso se traducirá en la obligación de cumplir órdenes manifiestamente delictivas o contrarias a la Constitución o leyes, el de dependencia *exclusiva* de la empresa (art. 11), a través de su jefe de seguridad, director, gerente, administrador o jefe de personal. Frente al *deber de colaborar con la Administración de Justicia*

(art. 5.º1.e), la más absoluta desconexión con la misma.

Ello sin contar el significativo silencio del decreto acerca de las reglas que deben presidir las relaciones de esos vigilantes con la comunidad o con los detenidos, o sus específicas obligaciones, etc. (art. 5.º), aunque todo eso no parezca sino minucias cuando se conocen las normas (?) sobre su responsabilidad y la de aquellos que avalan su actividad.

Y es que una de las características más señaladas del ejercicio de *funciones públicas* es el peculiar modelo de relaciones con la Administración, que se traduce en un especial sometimiento al control de ésta, a través de un especial marco *disciplinario*. Consecuencia un tanto lógica a poco que se piense que el ejercicio de tales funciones conlleva *la responsabilidad última de la Administración*, por el daño que de aquéllas pueda derivarse.

Así se justifica un marco legal como el establecido en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuyos artículos 27 y ss. sientan las bases del régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, tipificando como las más graves de las infracciones —y por tanto amenazadas con sanción de hasta separación del servicio— aquellas que atentan *contra los más señalados bienes colectivos*, como el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, la comisión de delito doloso, o el abuso de atribuciones y prácticas de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia, sin olvidar la insubordinación respecto a las autoridades de que dependan o la violación del secreto profesional, a las que, entre otras, hay que añadir cualquier otra conducta que esté tipificada como muy grave en la legislación general de funcionarios. Normas todas dirigidas a asegurar la prevalencia de lo público —de lo colectivo, de lo de todos— en el desempeño de la función de seguridad que les está encomendada.

Frente a tal marco legal, la lectura del Decreto 629/78 nos sitúa ante un desolador *vacío de responsabilidad*, por la inexistencia de un régimen disciplinario que garantice, siquiera mínimamente, el control público de su actividad.

No se trata sólo de que una vez en posesión de un «título-nombramiento» —que se obtiene sin necesidad de acreditar una mínima formación cultural, aunque sí tras unas pruebas de manejo y conservación de armas que verifica la correspondiente Comandancia de la Guardia Civil— puedan contratarse sucesivamente con cualquier empresa de seguridad (lo que pone de relieve que tal acreditación es un *título*, que faculta para el ejercicio legal de una profesión, pero no un *nombramiento*, que inviste de la facultad para el ejercicio de un puesto o cargo concreto), es que el vacío de normas disciplinarias se traduce en una total y absoluta ausencia de control administrativo de su actividad. En efecto, aun suponiendo que, como tal decreto, pudiera contener un estatuto disciplinario —y es evidente que la ausencia de cobertura legal lo impediría en todos los reglamentos, por ejemplo, el de guardias jurados de explosivos, dictados con posterioridad a la Constitución, por aplicación del artículo 25.1—, es lo cierto que *ni siquiera lo contiene*. Su artículo 13 prevé la

baja definitiva por condena por delito doloso y por «pérdida de la condición de vigilante» en virtud de resolución del Gobierno Civil, previo expediente disciplinario. La inexistencia, sin embargo, de cualquier precisión acerca de cuáles sean las faltas y cuáles las sanciones (fuera de la referencia del artículo 14, que obliga a considerar como muy grave el abandono del servicio o la inhibición o pasividad en su prestación) transforma en letra mojada la referencia al expediente, así viciado en su origen.

Prescindiendo por un instante de las obvias consecuencias que en tal aspecto derivan de la ausencia de rango normativo para el Real Decreto 760/83, ya posconstitucional, y —para toda la normativa— de la inexistencia de precisión de faltas y sanciones, resulta muy revelador que la única conducta que merece calificación de muy grave es precisamente «el abandono del servicio y la inhibición o pasividad en la prestación del mismo».

Cabe así preguntarse si tal cuadro normativo permite calificar de pública la función realizada por unos particulares que, unidos mediante relación laboral con otros particulares, cuyos locales y bienes deben vigilar, carecen de la más mínima especial obligación de fidelidad a la Constitución española, que ni siquiera han de jurar; carecen de cualquier sanción disciplinaria por abuso de atribuciones o práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios (excepto, como cualquier otro particular, cuando sean constitutivos de delito); carecen de vinculación especial a la autoridad —la judicial incluida—, a la que no están subordinados, no estando tampoco vinculados por secreto profesional específico, a lo que puede añadirse un etcétera tan largo como la enumeración de faltas muy graves que para las fuerzas y cuerpos de seguridad contiene el artículo 27 citado.

Y no se trata de destacar que su estatuto es «distinto» del de los servicios del Estado; es que *carecen de estatuto*, de ese estatuto que garantiza que las funciones de esos colectivos está de verdad al servicio de todos, esto es, que merece el calificativo de públicas, por su finalidad, por el control que de ellas ejerce la Administración y porque, a la postre, *ésta responde de las mismas*, lo que tampoco puede predicarse del colectivo en cuestión y constituye otra expresión, muy importante, de la naturaleza no pública de su actividad. Ligados a una empresa, a la que sirven, por una relación laboral, aquélla sin duda resultará responsable en su caso, pero no la Administración, que, en las normas reguladoras, se ha cuidado muy bien de eludir semejante responsabilidad, a pesar de investir a los vigilantes del carácter de agentes de la autoridad, esto es, de depositarios por delegación de una porción de soberanía.

A partir, pues, de la permanente interrelación de lo público y lo privado, parece claro que ni por origen, ni por finalidad, ni por vinculación, ni por responsabilidad, se hacen acreedores tales actividades del calificativo de públicas, constituyendo un claro ejemplo de actividades de defensa de intereses privados que *pueden coincidir* con los públicos, sin que el marco legal existente garantice que eso suceda y, menos aún, la prevalencia del interés colectivo en caso de conflicto, lo que obliga a negar el carácter

de públicas a las mismas y, con ello, la posibilidad de encuadrar a quienes las realizan en el ámbito del artículo 119 del Código Penal.

## SU NOMBRAMIENTO NO EMANA DE AUTORIDAD COMPETENTE

Pero no es sólo la naturaleza de la actividad lo que impide aquella consideración. Es que *no es posible aceptar que sus nombramientos emanen de autoridad competente*.

Conforme al Decreto 629/78, tantas veces citado (art. 2.4) la expedición del título de vigilante jurado corresponde al gobernador civil, competencia reiterada en los sucesivos decretos de 1983 y 1984.

Las preguntas surgen solas: en el Estado de Derecho, ¿puede decir tanto un decreto?; ¿puede poder tanto un gobernador en base a una norma reglamentaria?; ¿tanto como para repartir átomos de soberanía entre empresas mercantiles y particulares armados?; ¿tanto como para equipararles en protección a los funcionarios agentes de la autoridad? Creo que no. Y lo creo porque admitirlo es aceptar la existencia de una Administración «pública» paralela, no controlada ni dirigida por el Gobierno (art. 97 de la CE), que por ello no garantiza que sirva «con objetividad los intereses generales» (art. 103 CE), y que nace al amparo de un reglamento *sin Ley* —con mayúsculas— que cree, rija y coordine sus órganos (103.2) y que regule el estatuto de sus miembros (103.3).

Es aceptar, más concretamente, la creación de un sistema paralelo de seguridad que no depende del Gobierno (art. 104.1), que se presenta fraccionado y al servicio de intereses privados, y que ve la luz al amparo de una norma reglamentaria, cuando la Constitución exige nada menos que Ley Orgánica para determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatuto de aquéllos a quienes *corresponde constitucionalmente* proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.2).

Del texto constitucional se deriva, pues, una reserva *material* de ley en materia de acceso a la función pública, que *ha de ser orgánica cuando de funciones de seguridad se trate*. Ello implica que sólo a la ley compete regular quién y cómo puede acceder al desempeño de tales funciones y quién y cómo ha de controlar dicho acceso. Dicho de otro modo, no puede el Gobierno, a través de su potestad reglamentaria, permitir o negar el acceso a la función pública, o, lo que es igual, dar o quitar la condición de funcionario aunque sea a efectos concretos (¡nada menos que penales en este caso!) sin que exista una ley que la habilite.

Son múltiples los supuestos en que una ley regula la forma en que puede participarse del ejercicio de funciones públicas sin ostentar la cualidad personal de funcionario. Tales leyes regulan el procedimiento para ello y habilitan a determinados órganos de la Administración para atribuir la condición correspondiente. Los artículos 428 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituyen un claro ejemplo de lo que decimos.

Lo que no es de recibo en el Estado de Derecho es que, sin semejante habilitación legal, la Administración otorgue las cualidades correspondientes —ya hemos visto lo difícil que resulta hablar de «nombramiento» en el caso que nos ocupa— en un ejercicio de arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

En materia de seguridad esa ley es la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la que reiteradamente nos hemos referido antes. En su artículo 7.1 se otorga el carácter de agente de la autoridad a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en el ejercicio de sus funciones, carácter *que no se otorga* a las «personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personas y bienes o servicios de titularidad pública o privada», de las que sólo se predica su obligación de «auxiliar o colaborar en todo momento con las fuerzas y cuerpos de seguridad» (art. 4.2).

No parece, pues, dudoso que tras la Constitución carece el Gobierno de facultades para regular reglamentariamente la materia, por lo que jamás podrá ya reconocerse como emanado de «autoridad competente» un nombramiento realizado al amparo de tal normativa, incapaz de ser «recibida» en el ámbito penal, a través del artículo 119 del Código penal.

Algunos calificarán de vacío normativo la consecuencia; incluso de caótica la situación, si se piensa en los miles de falsos agentes de la autoridad que pululan por doquier.

No comparto la idea de vacío, y menos aún la de caos. Nada más lejano al caos —confusión, desorden— que el orden resultante de la adecuada aplicación del sistema de fuentes. En cuanto al pretendido vacío, el Código penal, en el artículo 236, párrafo 2.º, impone la misma pena que la prevista para el atentado a agentes de la autoridad, «a los que acometieren a las personas que acudiesen en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios».

Esa asimilación resulta coherente con la obligación de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, impuesta por el artículo 4.2. de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y ofrece la consecuente protección penal a los vigilantes jurados cuando *participan —ahora sí— del ejercicio de funciones públicas*.

Cabe pensar, sin embargo, que la irretroactividad de las reservas de ley consagradas en la Constitución (en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81 de 8 de abril) provocaría la subsistencia de aquellas atribuciones como amparadas en un decreto jurídicamente irreprochable en el sistema de fuentes preconstitucional.

No podemos aceptar tal conclusión. Primero, porque dudamos de que tal principio —el de irretroactividad de las reservas de ley—, acuñado en relación con la potestad sancionadora de la Administración para evitar vacíos normativos a todas luces indeseables, pueda sin más ser trasladado al ámbito de los poderes del Estado, en concreto al de distribución de competencias entre unos poderes inexistentes como tales en el sistema anterior.

Pero, sobre todo, no podemos aceptar que el decreto en cuestión pueda ser considerado respetuoso con el sistema de fuentes anterior, dados los es-

trictos términos en que la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 regulaba el ejercicio de la soberanía.

En efecto, depositario el Estado del ejercicio de la soberanía, sólo a través de «los *órganos* adecuados» (art. Primero, II) podrá llevar a cabo su misión, con una *expresa prohibición* de «delegación ni cesión» de aquella que se declara «una e indivisible» (artículo Segundo).

Frente a tan estricto régimen, los decretos tantas veces citados, al investir de autoridad a unos particulares no sólo permiten el ejercicio de la soberanía a quienes no son *órganos* del Estado, sino que, más aún, *consuman la cesión* de la misma que la ley tan tajantemente prohibía.

La violación legal es tan palmaria que impide reconocer como válidas tales normas de acuerdo con el sistema de fuentes que las vio nacer, lo que permite afirmar la vigencia plena, también respecto de la materia por ellas indebidamente regulada, de la reserva de ley que la Constitución establece, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 11/81 de 8 de abril.

La consecuencia de todo ello es clara: carecía y carece el Ejecutivo de potestad para regular el ejercicio de funciones de seguridad por particulares, como agentes de la autoridad, cuyos nombramientos como tales, por ello, no pueden reconocerse como emanados de «autoridad competente», a los efectos del artículo 119 del Código penal.

## LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse ya sobre esta cuestión. En las sentencias de 10 de diciembre de 1983, 8 de noviembre de 1984 y 18 de diciembre de 1990, se proclama el carácter de agentes de la autoridad de los vigilantes jurados de seguridad.

Ninguna de esas sentencias —muy escuetas— cuestiona la validez de los decretos de 1977 y 1978 citados, limitándose a citarlos en apoyo de la tesis afirmativa.

Sorprende en la última el razonamiento que conduce a la casación y ulterior condena del absuelto en la instancia. La Audiencia Provincial había estimado error invencible acerca del carácter de agente de la autoridad del agredido, condenando al procesado sólo por una falta de lesiones, porque el uniforme que éste vestía era diferente del usado por la Policía, lo que induce a error. Lo que a nosotros parece correcta inferencia del juzgador de la instancia, no es compartido por la Sala Segunda, para quien carece de asidero lógico porque «el vigilante... ves-

tía el uniforme reglamentario... y el error expresado, que serviría siempre de fácil refugio para cualquier uniforme distinto del policial, no tiene explicación convincente cuando los referidos sujetos uniformados están presentes en bancos, locales de comercio y empresas, y *su carácter de agentes de vigilancia armados* pertenece al común conocimiento de los ciudadanos (la cursiva es nuestra).

Dado el valor que la sentencia otorga al hecho de vestir el uniforme «reglamentario», no podemos evitar imaginar al ciudadano medio consultando el artículo 8.º del Decreto de 10 de marzo de 1978, para, ilustrado, intentar identificar como tales a la nube de vigilantes jurados, cuyo uniforme (cazadora, pantalón, camisa, corbata, zapatos negros, cinturón de cinco centímetros de ancho con canana capaz para 15 cartuchos y funda para revólver abierta...»), en ningún caso guardará semejanza o podrá originar confusión con los del personal de los ejércitos y fuerzas de Seguridad del Estado o de otros entes territoriales», exigencia ésta que hace más difícil compartir las reticencias para aceptar el error expresado, inaceptable, según la sentencia, dado el general conocimiento de su «carácter de agentes de vigilancia armados». Curiosa afirmación ésta, dado que de lo que se trata no es de saber si son o no vigilantes o si van o no armados —lo que a la vista está—, sino si tales vigilantes armados están o no investidos de autoridad, lo que, desde luego, el ciudadano medio sólo reconoce históricamente en los funcionarios encargados por el Estado de prestar los servicios de seguridad.

Será sin duda interesante conocer el criterio jurisprudencial acerca del problema, una vez que llegue a la Sala Segunda, planteado en los términos expuestos, esto es, cuestionando la validez misma de la normativa reglamentaria en que se apoya. Sea cual sea la respuesta, sin embargo, el problema de fondo seguirá irresuelto. La orfandad normativa en que las llamadas empresas de seguridad —y sus empleados— desarrollan su actividad no habrá sido superada, y, con ella, subsistirá la perplejidad de muchos ciudadanos —con o sin reconocimiento de error por su parte— ante el sistema paralelo de seguridad instalado entre nosotros, y, lo que es más grave, la ausencia de un verdadero *control* estatal de tan transcendente función, con la consiguiente *responsabilidad pública* por los daños que en su ejercicio se produzcan.

Y es que, claro está, las sentencias nunca pueden llegar a tanto, pues corresponde a otros poderes promover las reformas legales necesarias, sin pretender desviar hacia los tribunales problemas cuya solución no está a su alcance y, menos aún, sustraer a la opinión pública el debate que sobre el tema de la *seguridad privada* aún está pendiente.