

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA



Facultat de Dret

**OBRAR EN EL CUMPLIMIENTO DE UN
DEBER POR LAS FUERZAS Y CUERPOS
DE SEGURIDAD
(Correcta utilización de la fuerza
policial)**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR:

D. José María Nacarino Lorente.

DIRIGIDA POR:

Dr. Enrique Orts Berenguer.

Catedrático de Derecho Penal

Dr. Alberto Alonso Rimo.

Profesor Titular de Derecho Penal

Valencia, octubre de 2015.

*A mi mujer Marisol, a mi hija Claudia y a V.
Ellas son el verdadero motivo de este trabajo.*

Agradecimientos

Parafraseando a Oscar Wilde opino también que solo hacen falta dos cosas para escribir un agradecimiento: tener algo que agradecer y agradecerlo. Este proyecto es el resultado de un camino lleno de esfuerzo e ilusión en el que muchas personas han contribuido de manera entusiasta. Una parte fundamental en todo este proyecto ha sido mi mujer y mi hija, que han tenido que sufrir las ausencias y todo lo que ello conlleva, motivo por el que les dedico por entero esta tesis doctoral. También quiero agradecer la aportación recibida de familiares, profesores, amigos y compañeros de profesión que, de una u otra forma, han hecho posible que esté ahora escribiendo estas líneas.

Pero si antes aludía a la necesidad de agradecer algo, debo decir que esta sección está especialmente dirigida a mis directores de tesis, el profesor Dr. Enrique Orts Berenguer y el profesor Dr. Alberto Alonso Rimo. Ellos tienen una buena parte del mérito de esta tesis. Gracias a su implicación, su sabia dirección y su constante estímulo ha sido posible finalizar con éxito este trabajo. Pero mucho más que eso. Este estudio ha logrado crear un vínculo personal del que me siento muy orgulloso. Para ellos, pues, mi máxima admiración y mi más sincero agradecimiento.

José María Nacarino Lorente

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	pág. 17
-------------------	---------

PARTE I - PRESUPUESTOS

CAPÍTULO I – EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EXIGENTE DE OBRAR EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

1.- Planteamiento.....	pág. 31
2.- Antecedentes remotos:.....	pág. 32
2.1.- Primeros textos.....	pág. 32
2.2.- La Hispania Prerromana.....	pág. 36
2.3.- El Derecho Romano.....	pág. 38
2.4.- El Derecho en la Hispania Visigoda.....	pág. 44
3.- Derecho histórico español.....	pág. 45
4.- Derecho codificado:	
4.1.-La Codificación española. Introducción.....	pág. 63
4.2.- Análisis de los Códigos Penales españoles.....	pág. 65
4.2.1.- El Código Penal de 1822.....	pág. 66
4.2.2.- Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834.....	pág. 78
4.2.3.- El Código Penal de 1848.....	pág. 89
4.2.4.- La reforma de 1850.....	pág. 102
4.2.5.- El Código Penal de 1870.....	pág. 106
4.2.6.- El Código Penal de 1928.....	pág. 115
4.2.7.- El Código Penal de 1932.....	pág. 121
4.2.8.- Anteproyecto de C.P. de 1938.....	pág. 123
4.2.9.- Proyecto de Código Penal de 1939.....	pág. 127
4.2.10.- El Código Penal de 1944.....	pág. 129
4.2.11.- Proyectos y Anteproyectos posteriores al Código Penal de 1944.....	pág. 135
5.- Conclusiones.....	pág. 137

CAPÍTULO II – ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.

1.- Cuestiones preliminares:

1.1.- Breve referencia a la evolución de las fuerzas policiales en España desde 1844.....	pág. 145
---	----------

1.2.- Conceptos de orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana.....	pág. 150
1.3.- Funciones encomendadas a las FCS. El principio de habilitación legal para el cumplimiento del deber.....	pág. 156
1.4.- Uso de la coacción y violencia como monopolio del Estado ejercidas a través de las FCS.....	pág. 158
2.- Evolución de las normas reguladoras del uso de la fuerza policial desde mediados del siglo XIX en España hasta la regulación actual.....	pág. 162
2.1.- Reglamento para el Servicio de la Guardia Civil aprobado por Real Decreto de 9 de octubre de 1844 y Cartilla del Guardia Civil, aprobada por Real Orden de 20 de diciembre de 1845.....	pág. 164
2.2.- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.....	pág. 166
2.3.- Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE nº 182 de 31-07-1959), y su precedente la Ley de Orden Público de 1933.....	pág. 168
2.4.- Ley 55/1978, de 4 de diciembre de Policía.....	pág. 170
2.5.- Real Decreto-Ley 3/1979, de 28 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.....	pág. 171
2.6.- Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, sobre los principios básicos de actuación a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.....	pág. 172
2.7.- Instrucción de 14 de abril de 1983 de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.....	pág. 174
3.- Escueta mención a la naturaleza de la antijuridicidad y de las causas de justificación. Posicionamiento previo.....	pág. 178
4.- Obrar en cumplimiento de un deber Versus ejercicio legítimo del cargo.....	pág. 185

PARTE II – REQUISITOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. CORRECTA UTILIZACIÓN DE LA FUERZA POLICIAL.

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE EL USO DE LA FUERZA POLICIAL.

1.- Planteamiento.....	pág. 195
2.- Marco normativo vigente.....	pág. 205
3.- Las armas de dotación reglamentaria en las FCS.....	pág. 221
4.- Normativa internacional vigente sobre la materia.....	pág. 235
5.- Normativa administrativa interna referida al uso de la fuerza y uso de armas de fuego. Rango normativo.....	pág. 242
6.- Conclusiones. Algunos interrogantes pendientes.....	pág. 245

CAPÍTULO IV – REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

1.- Planteamiento.....	pág. 253
2.- Requisitos de la eximente.....	pág. 261
2.1.- Sujeto habilitado legalmente para el uso de la coacción o la fuerza. Delimitación de los sujetos a los que se puede aplicar la eximente.....	pág. 262
a) Delimitación del ámbito de aplicación de la eximente.....	pág. 265
b) Habilitación legal para el uso de la coacción o la fuerza.....	pág. 320
2.2.- Conducta en el marco efectivo de funciones del cargo.....	pág. 335
a) Actuaciones fuera de servicio.....	pág. 338
b) Actuaciones fuera del territorio o demarcación.....	pág. 341
c) Actuaciones por motivos ajenos a la función..	pág. 352

2.3.- El principio de necesidad y los criterios de necesidad en abstracto y necesidad en concreto de la fuerza policial.....	pág. 354
2.4.- La proporcionalidad en el uso de la fuerza por los agentes policiales.....	pág. 392
2.5.- Otros criterios concurrentes con la necesidad y proporcionalidad. Los principios de congruencia y oportunidad.....	pág. 423
2.6.- Actitud agresiva o de resistencia del sujeto sobre el que recae la acción policial.....	pág. 438
a) Actuación policial en casos de huída.....	pág. 442
b) Utilización de la fuerza policial en supuestos de resistencia pasiva en reuniones o manifestaciones.....	pág. 450
2.7.- El elemento subjetivo del tipo de injusto en el cumplimiento de un deber.....	pág. 457
2.8.- El denominado «examen conforme a deber» del funcionario público como posible elemento subjetivo añadido de la eximente.....	pág. 471
3.- Cumplimiento de un deber como eximente incompleta.....	pág. 482
3.1.- Ausencia de elementos esenciales (exceso extensivo):.....	pág. 484
a) Castigo a título de dolo.....	pág. 485
b) La ausencia del elemento subjetivo de justificación.....	pág. 488
3.2.- Ausencia de un elemento accesorio de la eximente (exceso intensivo):.....	pág. 489
a) Supuestos dolosos.....	pág. 490
b) La utilización de armas antirreglamentarias y otros medios.....	pág. 500
3.3.- Incidencia de la imprudencia sobre los elementos esenciales y sobre los elementos accesorios de la eximente.....	pág. 507

PARTE III – OTRAS CUESTIONES

CAPÍTULO V – TRATAMIENTO DEL ERROR Y DEL CONCURSO ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1.- Posibilidades de error.....	pág. 521
2.- Concurso con otras causas de justificación:.....	pág. 537
2.1.- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. legítima defensa.....	pág. 544
2.2.- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. estado de necesidad.....	pág. 556
2.3.- Obediencia debida.....	pág. 572
a) Su vinculación con al eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.....	pág. 572
b) Análisis de un supuesto especial consecuencia de la obediencia debida: la doble sanción penal y disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.....	pág. 583
CAPÍTULO VI – CONCLUSIONES.....	pág. 597
Anexo de BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	pág. 619
Anexo de JURISPRUDENCIA CITADA.....	pág. 643
Anexo de LEGISLACIÓN UTILIZADA.....	pág. 655

Abreviaturas

- A.D.P.C.P.....Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- Art.....Artículo
- ATSAuto Tribunal Supremo
- B.j.p.....Bien jurídico protegido
- BOCG.....Boletín Oficial de las Cortes Generales
- C EConstitución Española
- C C.....Código Civil
- CDO.....Considerando de la Sentencia
- C P.....Código Penal
- DSs.....Diario de Sesiones
- FCS.....Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- F.J.....Fundamento Jurídico
- LeCrimLey de Enjuiciamiento Criminal
- L O.....Ley Orgánica
- LOFCS.....Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- LOPSC.....Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- LSPLey de Seguridad Privada
- N.R.....Novísima Recopilación.
- STCSentencia Tribunal Constitucional
- StGB.....Código Penal Alemán
- STS.....Sentencia Tribunal Supremo
- TCTribunal Constitucional
- TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS.....Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

LA EXIMENTE DE OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

INTRODUCCIÓN.

La elección de este tema no ha sido casual y obedece a una serie de motivos. Mi profesión desde hace ya casi 30 años como miembro de la Guardia Civil, de los que 20 de ellos han sido en la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Valencia, me han llevado a comprobar que las actuaciones en las que más derechos de los ciudadanos pueden verse lesionados son precisamente las que requieren del uso de la fuerza por parte de los agentes, entre la que es paradigmática la detención policial. Durante todos estos años, en los que inevitablemente he tenido que enfrentarme a situaciones de esta índole, he podido extraer dos conclusiones que se complementan: por un lado, que este tipo de acciones deben efectuarse con el máximo respeto y cumplimiento de las garantías de los ciudadanos establecidas en la Ley, y por otro, que la ligereza en dicho cometido puede acarrear consecuencias muy negativas para el funcionario policial que las realiza.

Si a ello añadimos que desde hace ya 10 años mi función principal en el seno del Instituto armado es el ejercicio de la abogacía como Abogado del Estado sustituto, ocupándome exclusivamente de la defensa ante los Tribunales de Justicia de los componentes de la Guardia Civil que hayan sido imputados (ahora investigados) en un procedimiento penal con motivo de actuaciones derivadas del ejercicio del cargo así como del Estado en lo que pueda resultar afectado por ello, puede entenderse que no solo haya confirmado todas estas ideas sino que haya llegado a la conclusión de que la eximente de cumplimiento de un deber constituye la piedra angular de la actuación policial en lo que al uso de la fuerza se refiere, que cobra su máxima expresión en la utilización de armas de fuego.

Esta doble visión, por un lado como agente que ha tenido que utilizar la fuerza en diferentes tipos de actuaciones policiales, y por otro como Letrado

defensor de los que ahora son investigados por un posible empleo negligente de la misma, entiendo que facilita que pueda tratar ciertos aspectos de la eximente que, de otro modo, pasarían desapercibidos y que desde la experiencia adquirida son relevantes en la función pública policial.

Todo ello, unido la escasa atención que la doctrina ha prestado a la eximente, en lo que se refiere particularmente a estas cuestiones señaladas, explica que el estudio de la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP desde un punto de vista eminentemente práctico se haya convertido en el objeto de mi tesis doctoral. Se centra ésta, por tanto, en el análisis de la circunstancia eximente de obrar en el cumplimiento de un deber por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y de manera específica se trata de ofrecer un examen detenido de los requisitos que deben concurrir para que dicha figura pueda ser aplicada por los diferentes órganos jurisdiccionales, con una referencia especial al uso de la fuerza.

Los interrogantes a los que se trata de dar solución en este estudio son diversos. Por un lado, se ha intentado ofrecer un análisis profundo de la regulación en materia de armas asignadas a los diferentes Cuerpos policiales de nuestro país, aspecto que tiene una gran incidencia en materias como el uso de armas fuera de servicio o demarcación, empleo de otros objetos como medio idóneo, la posible utilización de armas antirreglamentarias o el uso de munición de carácter letal. En este último sentido, se aborda también la problemática que plantea la posibilidad de que los agentes policiales puedan beneficiarse de la eximente en el caso del disparo mortal doloso.

En segundo lugar, otro de los aspectos que más atención ha recabado en este trabajo es el que hace referencia a los requisitos que integran la eximente en estudio. Aquí cobra una especial relevancia el principio de habilitación legal que por el carácter de cláusula general de justificación que le otorgamos a esta eximente, permite la aplicación de los requisitos que la LOFCS regula respecto del uso de la fuerza y que han sido estudiados en profundidad. Al mismo tiempo, la necesidad en concreto de la violencia adquiere una gran importancia en este contexto puesto que su delimitación

dará lugar a que la eximente pueda aplicarse en su totalidad o bien de forma incompleta.

En torno a este punto existe una abundante y variada casuística jurisprudencial, que dificulta la identificación de reglas genéricas y que al mismo tiempo hacen especialmente necesaria, por razones de seguridad jurídica, la formulación de propuestas de criterios interpretativos a seguir a este respecto. También, en fin, desde este punto de vista ha sido abordada con detalle la problemática relativa a si el sujeto que invoca la eximente debe poseer la condición de agente de la Autoridad tal y como se reclama por la doctrina y la jurisprudencia.

Para cumplir con este cometido he utilizado fuentes diversas, además del propio precepto del Código Penal que la contiene. Por un lado, he efectuado un análisis de las diferentes Leyes, nacionales e internacionales, así como de disposiciones de ámbito reglamentario que de una u otra forma contienen referencias al uso de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o que atribuyen funciones a éstos, de las que pudieran derivarse el empleo de dicha violencia para lograr el cumplimiento de la misión, siempre bajo la indispensable observancia de la Constitución Española de 1978. Del material utilizado en este trabajo destaca por su volumen el análisis efectuado de todas las resoluciones dictadas desde 1870 por el Tribunal Supremo que de manera directa han tratado la eximente, así como de otros muchos pronunciamientos que se refieren a ella de manera tangencial, añadiendo a esta ingente cantidad de sentencias, el examen de otras dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Audiencias provinciales que se han pronunciado sobre algún aspecto relacionado con la eximente de cumplimiento de un deber.

Sin perjuicio de lo anterior, y como no podía ser de otro modo en un estudio de estas características, se ha otorgado un peso específico en el desarrollo de este trabajo a los estudios que, sobre los diversos asuntos tratados en el mismo, han sido elaborados por la doctrina. A este respecto, he tratado de exponer las diferentes posturas de los autores de la forma más

completa y objetiva posible y asimismo de aportar una valoración personal a la vista de mis conocimientos y de mi experiencia profesional de aquellos aspectos que me han parecido más trascendentes desde la perspectiva práctica previamente apuntada.

Para acometer dicho estudio, el trabajo contenido en estas páginas está estructurado en tres partes bien diferenciadas. La primera de ellas se dedica al análisis de la evolución histórica de la eximente contenida en el artículo 20.7^a CP, desde los primeros textos jurídicos conocidos como el Código de Hammurabi o el Derecho hebreo, hasta llegar a la Codificación española del siglo XIX. En esta fase histórica de la evolución de la legislación penal las ideas ilustradas aportadas por la Revolución francesa se recogen en los primeros Códigos penales. En este primer apartado, y debido al periodo histórico abarcado, se ha tenido en cuenta la totalidad de la eximente contenida en el artículo 20.7^a CP vigente, y se han ido señalando las diferentes normas que la contenían, bien en lo que respecta al ejercicio de un derecho, al cumplimiento de un deber o incluso a la obediencia debida, aspectos todos ellos presentes desde los primeros textos jurídicos analizados.

Al mismo tiempo integra también esta parte una breve referencia a la evolución de las fuerzas policiales desde 1844, año de creación de la Guardia Civil como primer Cuerpo con competencias en todo el territorio nacional, así como a conceptos vinculados de manera directa al objeto de este trabajo como son los de orden público, seguridad pública, seguridad ciudadana, coacción policial o derechos y libertades de los ciudadanos; todo lo cual ha ayudado a delimitar más detalladamente los cauces por los que el uso de la fuerza policial debe discurrir para que los agentes que la emplean puedan beneficiarse de la aplicación de la eximente que es objeto de estudio.

Asimismo, y en la línea de lo que se viene apuntando, se ha efectuado un análisis de las diferentes normas que han tratado de alguna manera el uso de la fuerza por parte de los miembros de las FCS, iniciándose este estudio con el Reglamento para el servicio de la Guardia civil de 1844 y la Cartilla del Guardia Civil de 1845, coincidiendo con la aparición de la eximente en un texto

penal, sin perder de vista el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en el plano internacional y diversas Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad sin valor normativo alguno pero con un gran interés práctico para la eximente, hasta llegar hasta la LOFCS que supone la línea divisoria entre la normativa vigente y la que se aplicaba con anterioridad.

Completa este apartado una breve mención al posicionamiento previo que asumo respecto de diversos aspectos dogmáticos vinculados a la eximente como la concepción de la antijuridicidad y de las causas de justificación de la que se parte, así como al fundamento, a la naturaleza y a la necesidad de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. He de decir que éstos últimos son algunos de los aspectos que quisiera haber tratado más en profundidad, si bien el punto de vista adoptado, esencialmente práctico, desaconsejaba extenderse sobre estos extremos en detrimento de otros, y de aquí que tenga previsto ampliar en el futuro este estudio con lo que se refiere a dichos aspectos.

La segunda parte del estudio se centra por un lado en el estudio de la normativa vigente sobre el uso de la fuerza policial, ámbito en el que encuentra un lugar destacado la LOFCS de 1986 por constituir el estatuto de las FCS y recoger los principios básicos de actuación. También se analizan normas internacionales sobre la materia, todavía de aplicación en nuestro país, como la Resolución del Consejo de Europa de 1979 y la Resolución de ONU del mismo año dirigidas a los funcionarios policiales y otras de carácter administrativo. Del examen legislativo realizado se destaca por su novedad, en una obra dedicada a esta eximente, el estudio dedicado a la regulación de la tenencia y uso de armas por el personal de las FCS, en el que he intentado conciliar la regulación que sobre esta materia efectúa el Reglamento de Armas y otras disposiciones de carácter autonómico y local, con la utilización que de ellas hace posteriormente el agente.

En esta segunda parte se incluye también el estudio de los elementos que integran la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Aquí se ofrece un detenido análisis de la posición doctrinal y jurisprudencial sobre esta

figura en su aplicación concreta a los miembros de las FCS, y el tratamiento que del uso de la fuerza o violencia policial una y otra realizan. Constituye así la parte central de este estudio, en la que requisito a requisito se van resaltando los principales problemas que éstos suscitan, la posición que sobre ellos adoptan los distintos autores y la jurisprudencia, y finalmente la toma de postura personal respecto de cada uno de ellos. En este punto quisiera llamar la atención sobre la manera en que dicho estudio se ha realizado, ya que sin perjuicio de haber adoptado una postura muy práctica en el tratamiento de los elementos que deben concurrir para aplicar la eximente en examen, estimo que se ha concedido una atención relevante al análisis dogmático de cada uno de ellos. Desde una concepción mixta de la antijuridicidad y asimismo de las causas de justificación se han tratado tanto los elementos objetivos como los subjetivos de la figura objeto de estudio, y asimismo los supuestos de aplicación de la eximente incompleta por estar ausente algunos de los requisitos previamente analizados, o la problemática relativa a la apreciación de la causa de justificación en casos de imprudencia. También en lo que se refiere a este último aspecto razones de espacio y tiempo me han impedido un análisis más extenso que confío no obstante en poder acometer en un futuro próximo.

En este punto creo que es importante subrayar que la realización de esta parte del trabajo ha estado guiada en todo momento por un objetivo de rigurosidad en la exigencia de elementos configuradores de la eximente por lo que respecta al uso de la fuerza por las FCS, en el bien entendido de que considero de capital importancia la mayor concreción y delimitación posible en las funciones asignadas a los agentes policiales enfrentadas habitualmente a los derechos y libertades de los ciudadanos, sin que ello suponga un impedimento para la eficacia policial sino todo lo contrario: a mayor precisión en dicha regulación no solo se permite una mayor comprensión de cómo se debe actuar sino que ello redundará en una mayor garantía en la protección de los derechos de los ciudadanos.

La tercera y última parte de este trabajo está dedicada a dos cuestiones esenciales de la eximente: las posibilidades de error y la concurrencia de la

eximente de cumplimiento de un deber con otras como la legítima defensa, el estado de necesidad o la obediencia debida. Ambos aspectos estimo que resultan fundamentales en la actualidad en punto a la delimitación del ámbito de aplicación de la eximente.

En la elaboración de este trabajo me he encontrado con algunos obstáculos que han dificultado la adopción de una postura personal. En primer lugar, cabe mencionar a este respecto, la escasa atención prestada por la doctrina al estudio de algunos de los requisitos de la eximente. Si bien los autores se refieren a ellos para argumentar su posicionamiento, su análisis se aborda por aquéllos en algunos casos de forma superficial pese a que, como se verá, éstos poseen múltiples proyecciones en el cumplimiento diario de las misiones policiales. También ha supuesto una dificultad en el estudio realizado la variable aplicación de dichos requisitos por parte del Tribunal Supremo ante supuestos similares, principalmente en lo que se refiere al principio de necesidad y a la necesidad en concreto de la violencia.

Pese a todo ello, y ya para acabar esta introducción, me gustaría destacar que este estudio me ha aportado una visión completa y profunda de la forma en que se articula y opera la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber al aplicarse a los miembros de las FCS en el empleo de la fuerza o armas de fuego. Conocer cuáles son sus límites y, de modo especialmente relevante, cuáles son los aspectos que presentan mayor problemática de aplicación práctica, ha supuesto para mí contar con una herramienta imprescindible para la función que realizo en estos últimos tiempos: la representación y defensa ante los Tribunales de justicia de los miembros de la Guardia Civil de Valencia que se encuentran incurso en un procedimiento penal por actuaciones llevadas a cabo con motivo del cumplimiento del deber.

PARTE I - PRESUPUESTOS

CAPÍTULO I – EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EXIMIENTE DE OBRAR EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

SUMARIO

1.- Planteamiento.

2.- Antecedentes remotos:

2.1.- Primeros textos.

2.2.- La Hispania Prerromana.

2.3.- El Derecho Romano.

2.4.- El Derecho en la Hispania Visigoda.

3.- Derecho histórico español.

4.- Derecho codificado:

4.1.-La Codificación española.

4.2.- Análisis de los Códigos Penales españoles.

4.2.1.- El Código Penal de 1822.

4.2.2.- Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834.

4.2.3.- El Código Penal de 1848.

4.2.4.- La reforma de 1850.

4.2.5.- El Código Penal de 1870.

4.2.6.- El Código Penal de 1928.

4.2.7.- El Código Penal de 1932.

4.2.8.- Anteproyecto de C.P. de 1938.

4.2.9.- Proyecto de Código Penal de 1939.

4.2.10.- El Código Penal de 1944.

4.2.11.- Proyectos y Anteproyectos posteriores al Código Pena de 1944.

5.- Conclusiones.

CAPÍTULO I - EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EXIMENTE DE OBRAR EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

1.- Planteamiento.

La regulación que hace el Código Penal en su artículo 20.7 de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, no siempre ha estado presente en los textos jurídicos anteriores a la codificación, tal y como hoy la conocemos. De hecho, como veremos más adelante, no será hasta el Código Penal de 1848, cuando la figura quede establecida con una redacción muy similar a la actual.

No obstante lo anterior, sí que existen algunas referencias dispersas en algunos textos legales que guardan alguna similitud con la referida eximente, y con una aplicación territorial también variada, más o menos extensa, en función del texto legal escogido, tal y como comentaremos para cada caso.

Debido a que la evolución histórica de todo precepto penal viene condicionada por la evolución histórica del propio Derecho penal, y que ésta a su vez, se queda vinculada a la evolución histórica del Derecho en general, en el presente trabajo he tratado de ofrecer unas pinceladas sobre la situación jurídica de cada época, y una brevísima descripción de cada norma legal citada, para así comprender mejor cada uno de los textos legales en los que aparece alguna referencia de la figura jurídica que se está estudiando.

Hay que tener en cuenta que cada una de las etapas históricas guarda cierta uniformidad y características comunes que dotan a su contenido jurídico de homogeneidad y diferenciación con respecto al resto de estas etapas.

A partir de esta consideración, la sistemática de este Capítulo se aborda de la siguiente forma:

-Antecedentes remotos: en este apartado se verán los primeros textos jurídicos conocidos, que anteriores a la romanización, pudieron influir en el Derecho español, como el Código de Hammurabi, el Corán, Derecho hebreo, etc., los cuales poseen carácter universal. Posteriormente en este apartado y en referencia ya al derecho español, haremos mención al Derecho de Roma y de los visigodos.

-Precedentes históricos: que abarca desde el Derecho de la Edad Media hasta la Codificación.

-Codificación: este punto será el grueso de este estudio por cuanto dicho periodo constituye precedente inmediato de nuestro Derecho actual.

2.- Antecedentes remotos.

Se inicia este apartado haciendo referencia a los textos jurídicos más antiguos, de los que se desconoce el alcance e influencia que pudieron tener en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación se incluyen las normas prerromanas, el Derecho Romano y Derecho en la Hispania visigoda.

2.1.- Primeros textos:

De las primeras manifestaciones jurídicas existentes tenemos el **Código de HAMMURABI (1780 a C)**, dictado por el monarca Hammurabi, que fue Rey de Babilonia, situada entre los ríos Tigris y Eufrates, la actual Irak. Este rey promulgó unas leyes que ordenó que se grabaran en unas estelas de piedra y fueran repartidas por las capitales de su reino.

Una de esas estelas grabadas en diorita de color negro fue descubierta en 1901 en la localidad de Susa (Irán), por un grupo de arqueólogos franceses. Se trata de un conjunto de leyes a modo de Código redactado en lengua acadia, y grabada con signos cuneiformes que poco tiempo después de ser descubierta fue descifrada por un dominico francés llamado Vincent Scheil.

El Código de Hammurabi consta de tres partes: prólogo, cuerpo legal y epílogo, y consta de 282 artículos.¹

Antes de citar las referencias encontradas sobre la figura objeto de estudio, hay que hacer dos advertencias, que tenidas en cuenta, nos ayudarán a comprender la dinámica de estos textos primitivos:

1º.- Estos textos constituyen conjuntos de normas sin una sistemática aparente, cuyos preceptos suelen estar dirigidos al caso concreto.

2º.- Hay que tener en cuenta que ya en esta época, las leyes criminales recogían entre sus penas la pena capital.

Es importante, por tanto, distinguir entre la muerte causada por la comisión de un delito, y la muerte que el propio ciudadano podía provocar a otro individuo, para la defensa de sus derechos.

En el primer caso, estará exento de pena por el cumplimiento del deber el verdugo que ejecute dicha pena, pero en el segundo supuesto, cuando una persona puede matar al hombre que yace con su mujer, y también matar a su propia mujer, se tratara del ejercicio legítimo de un derecho o bien de una excusa, surgiendo así cierta similitud entre estas hipótesis y la eximente que actualmente contiene el artículo 20.7º del Código Penal.

Pues bien, el Código de Hammurabi contiene numerosas referencias de la primera clase (denominadas leyes de Talión)², que como hemos dicho son de interés para este estudio, en la medida en que la persona encargada de

¹ LARA PEINADO, F. *Código de Hammurabi*. Editorial Tecnos. *Estudios preliminares, traducción y comentarios a cargo del autor*. Madrid, 1986, p. 29.

² LARA PEINADO, F. *Código de Hammurabi*. Editorial Nacional. Madrid, 1982, p. 114. A modo de ejemplo podemos citar algunas de las leyes de talión, como la nº 196 que dice "Si un señor ha reventado el ojo de otro señor, se le reventará su ojo", o la nº 197: "Si un señor ha roto el hueso de otro señor, se le romperá su hueso.", También es conocida la número 200, que dice: "Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes."

ejecutar dichas penas estará exenta de responsabilidad criminal al cumplir con el deber que la ley y su señor le mandan, pero también contiene alguna referencia de la segunda clase que pasamos a transcribir y a comentar.

Efectivamente la Ley 129 dice:

“Si la esposa de un señor es sorprendida acostada con otro hombre, los ligarán (uno a otro) y los arrojarán al agua. Si el marido de la mujer desea perdonar a su mujer, entonces el rey puede (a su vez) perdonar a su súbdito.”

Es importante en esta norma la expresión “los ligarán” y “los arrojarán”, ya que no se deja del todo claro si este castigo, que al menos constituirá un delito de lesiones, lo podrá ejecutar el propio marido, o será el verdugo por orden del rey y de la ley. Sin embargo, en la interpretación realizada por el autor de la traducción, no deja lugar a dudas y queda bien claro que se configura como un verdadero ejercicio legítimo de un derecho. Así opina el autor LARA PEINADO, cuando dice en las notas sobre dicho precepto que: *“Nótese que no se puntualiza quién sorprende a la esposa en flagrante delito de adulterio, lo que indica que podía ser su propio marido u otra persona;”* y añade: *“El castigo consistía en la pena de muerte por ahogo. Previamente se ligaba a los culpables, con el fin de que no se pudiesen salvar nadando.”*³

Por lo que respecta al **Derecho judío**, otro de los textos más antiguos que conocemos es la Biblia, el libro que contiene la ley revelada por Dios al pueblo de Israel, configurándose como texto religioso y jurídico básico, que en su parte precristiana contiene tres clases de libros:

- a) Pentateuco, que consta de cinco libros, Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio.

³ LARA PEINADO, F. *Código de Hammurabi...Opus cit.*, p. 209. El traductor de la obra explica las leyes de Hammurabi en las citas números 358 y 359

- b) Libros de los Profetas, que completa el Pentateuco con nuevas revelaciones divinas.
- c) Libros Hagiográficos, que interpretan los anteriores.

El primero de ellos, el Pentateuco, se conoce también como la Tora, o ley escrita revelada por Dios a Moisés en el monte Sinaí en el año 1500 a C. En este texto conviven fórmulas religiosas, morales y jurídicas.⁴

La adaptación de la Tora a la evolución de la sociedad judía hizo que los rabinos creasen una inmensa labor interpretativa de dicha Tora, que era conocida como ley oral. Esta ley oral fue recopilada por escrito en diversas ocasiones, siendo la primera de ellas la Michna o enseñanza, que elaboró un rabino a principios del siglo III a C., redactándose de nuevo más tarde con el nombre de Guemara o enseñanza tradicional. Más tarde se refundieron de forma sistemática en una sola obra con el nombre de Talmud o doctrina, realizada de forma paralela a la compilación de Justiniano en el siglo VI.

También existen referencias acerca del adulterio en los textos bíblicos y en el Talmud, *“cuya transgresión acarrearía generalmente la muerte legal de ambos adúlteros. Si bien la pena era invariablemente la misma, no siempre se la ejecutaba de la misma manera. Si el delito era cometido por una mujer ya prometida en matrimonio, se la condenaba a la lapidación, si era hija de un sacerdote, se le aplicaba la muerte por medio del fuego. Competía la acción por adulterio solamente al marido, primer agraviado y responsable supremo de la dignidad de su hogar; también podía ser iniciada por el magistrado del lugar en caso de que el marido haya permanecido ausente, o cuando por cualquier circunstancia se hallaba impedido de ocurrir ante los jueces.”*⁵.

Aunque generalmente los delitos contra la propiedad eran reprimidos por la Biblia y el Talmud con penas pecuniarias, también para el caso del robo

⁴ PUIG TÁRREC, A. *La Biblia. Ilustrada y comentada*. Editorial PDA, Barcelona, 2009, pp. 18 y ss.

⁵ GOLDSTEIN, M. *Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947, p. 112.

cometido durante la noche, autorizaba al propietario a matar al ladrón ⁶, tal y como se deduce de las palabras de GOLDSTEIN: *“El robo nocturno, con escalamiento o con fractura, autorizaba al dueño de la finca, donde había penetrado, a matarle impunemente; pero no podía herirle ni matarle, si el delito se cometía de día y sin peligro para la vida del domiciliario.”*⁷

En cuanto a la distinción entre robo diurno y robo nocturno, el autor señala que en el caso de que fuera de día y sin peligro para la vida, se preveía que los autores del robo fueran vendidos a personas extranjeras. Para el caso de que el robo sea de noche, no se impone el requisito de que exista peligro para la vida, hecho que sí ocurre cuando el robo se comete de día. En este último caso, parece que la excusa va dirigida hacia la legítima defensa, ya que el requisito de que haya *“peligro para la vida”*, hace necesario que exista una agresión. Sin embargo, no dice nada con respecto al robo cometido de noche, lo que convierte a esta acción del propietario de matar al ladrón, en una causa de exclusión de la responsabilidad al ejercer un derecho legítimo. Como veremos esta figura será recogida también en el Fuero Juzgo (Ley 15, Título 3, Libro 7; Ley 16, Título 3, Libro 7), Fuero Real (Ley 1, Título 17, Libro 4), Leyes de Partida (Ley 3, Título 8, Partida VII) y Novísima Recopilación (Ley 1, Título 21, Libro 12).

2.2.- La Hispania Prerromana.

Las notas comunes de los ordenamientos jurídicos de la época anterior a la Romanización son que todos tenían un origen consuetudinario, unido a una vinculación religiosa y familiar. Las relaciones entre las distintas tribus y el

⁶ GOLDSTEIN, M. *Derecho Hebreo...Opus cit.*, p. 119. El autor cita para ver expresamente esta norma el Éxodo, capítulo XXII, versículo 3.

⁷GOLDSTEIN, M. *Derecho Hebreo...Opus cit.*, p. 119. El autor señala citando a Josefo que *“Los atenienses castigaban con la muerte el robo diurno, cuando se trataba de más de cincuenta dracmas; el robo nocturno; el que se cometía en los baños públicos; en los gimnasios aun cuando la suma fuere extremadamente reducida. Esparta consideraba el robo desde un punto de vista muy peculiar: lo perdonaba y absolvía, cuando hubiere sido hecho sagazmente, con habilidad. La ley romana disponía que el ladrón fuere golpeado con varas y reducido a la esclavitud.”*

modo en el que se llevaban a cabo, explica que estas formas de relacionarse quedaran como preceptos en la mentalidad de sus componentes.

Esto significa que las normas emanan como algo natural de la propia sociedad y siempre en íntima relación con la divinidad de cada pueblo. Teniendo en cuenta el difícil deslinde entre lo jurídico, lo mágico y lo religioso, puede imaginarse que el punto de partida de una norma que alcanzara la categoría de jurídica sería la declaración de licitud de una conducta que hiciera el sacerdote o hechicero. Tal legitimación, por la autoridad de quien la otorga, lleva a la sociedad a aplicar la misma respuesta cada vez que surge idéntico o similar problema y la reiteración convertiría dicha solución en norma invariable y obligatoria, es decir, de carácter jurídico.⁸

El Derecho se entendía de dos formas posibles:

a) Como norma ajena a la voluntad del hombre: los dioses de cada tribu eran los que daban las normas a sus habitantes, manifestadas a través de hechos naturales que los propios dirigentes o sacerdotes interpretaban. De esta forma daban una solución al problema planteado que luego repetían de forma mecánica hasta convertirse en costumbre.

b) Creación del Derecho por el hombre: una vez superada la fase anterior se crean normas jurídicas, sobre todo en lo referente a los pactos entre los distintos pueblos. Como ejemplo de estos pactos tenemos el “*hospitium*”, la “*clientela*”, la “*devotio*” y por último tenemos la ley como norma que acuerda la asamblea o el Rey.

De cualquier forma, en relación a la etapa prerromana, no se tienen suficientes conocimientos para saber si existía alguna manifestación jurídica en los pueblos indígenas de la Península Ibérica que pudiera guardar relación con la figura objeto de estudio.

⁸ CORONAS GONZÁLEZ, S. M. *Manual de Historia del Derecho Español*. 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 57 y ss.

En este sentido, TOMAS y VALIENTE, al hablar sobre los pueblos hispánicos prerromanos y sus Derechos, opina que “*Los medios de conocimiento utilizables para indagar cómo era su Derecho son escasos, poco expresivos e inseguros.*”⁹

2.3.- El Derecho Romano.

Según los historiadores, el proceso de romanización comienza con el desembarco en Ampurias el 218 a C, y finaliza con la caída del Imperio Romano en el año 476 d. C., si bien prosigue con el Imperio Romano de Oriente (Bizancio).

Durante todo este periodo se realizó un importante despliegue del ordenamiento jurídico romano en la Península Ibérica. El Derecho era aplicable únicamente al ciudadano (civis), y tan sólo en ocasiones muy excepcionales se aplicaba a extranjeros.¹⁰

Debido a la política expansiva de Roma, el ordenamiento jurídico se dividía en tres estatus distintos:

- a) El *iuscivile*, aplicado a los ciudadanos romanos.
- b) El *iuslatii*, aplicado a los ciudadanos de otros pueblos extraños pero que colaboraban con Roma.
- c) El *iusperegrini*, aplicado a los pueblos conquistados por Roma.

Es indudable que el Derecho romano ha tenido y sigue teniendo una importantísima influencia en nuestro Derecho.¹¹

⁹ TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho*. Editorial Tecnos. 4ª edición. Madrid, 2005, p. 75.

¹⁰ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas*. Editorial Dykinson. Madrid, 1995, pp. 23 y ss.

¹¹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas... Opus cit.*, pp. 290 y ss.

Se suele decir del Derecho romano, y por ende del Derecho Penal romano, nacía desde abajo hacia arriba. No hay una norma arriba que se proyecta hacia abajo, hacia los ciudadanos, sino al contrario, la norma moral por el uso continuado se transforma en ley con el paso del tiempo.

En Roma, el delito era considerado a partir de la conciencia individual de cada individuo. Así cada persona estaba sujeta a una ley moral que se convertía en ley política, y que hacía que cada ciudadano tuviese una capacidad para delinquir.

No obstante, como señala MOMMSEN,¹² hay unas categorías de personas que carecen de esa capacidad de delinquir o a quienes se le privaba de ella al segregarlos del Estado.

El mismo autor establece que en el Derecho Penal romano *“estaban excluidas de pena todas aquellas acciones que ejecutaba uno en cumplimiento de su obligación, ó que estaban permitidas por la ley. Tales eran:*

- a) *Las que practicaba uno **en cumplimiento de una obligación ineludible** ó en virtud de un mandato superior á que tenía que prestar obediencia. Si el magistrado, dentro de los límites de su competencia, prescribía la realización de un acto á una persona obligada a obedecerle, tanto el que mandaba como el que obedecía quedaban exentos de pena.- Lo propio se dice con respecto á los autores de actos preceptuados con carácter obligatorio del señor por sus esclavos. – La orden dada por el señor á los esclavos no se equiparaba á la dada por un magistrado, puesto que los esclavos se hallaban también sujetos á las leyes del Estado, y el señor no podía desligarles de ellas; antes bien, en los delitos cometidos en esas condiciones, se estimaban ser autores de los mismos, tanto el señor como el esclavo. Sin embargo, el mandato recibido servía, con respecto á este último, de motivo de atenuación de la pena, y en los*

¹² MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Traducción de P. Dorado. Primera parte. Jiménez Gil Editor. Pamplona, 1999, p. 73.

delitos de poca importancia hasta se libraba de ella. – De un modo análogo se consideraba el acto realizado por el hijo de familia, en virtud de la orden dada por el padre.”

Estas normas eran aplicables a todas las personas, fueran quienes fueran, si bien la posición ocupada por el que la infringía, (ciudadano romano, hombre libre, extranjero, etc.), hacía que surgieran diversas formas de tratamiento. Lo que parece incuestionable es que la norma que cita MOMMSEN contiene una regulación muy parecida a la actual eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y de la obediencia debida al excluir de pena al que actúa de alguna de estas dos formas.

Tal y como dice MOMMSEN, *“la persona estaba sometida á la ley penal, lo mismo que lo estaba á las normas de la moralidad y á su propia conciencia. Todas las circunstancias personales, el sexo, los vínculos de familia, la posición del ciudadano, podían hacerse penetrar, en variadísimas formas, dentro del concepto de delito y dentro del procedimiento penal; pero prescindiendo de las indicadas categorías de personas, la capacidad para cometer delitos y la subordinación á la ley penal eran comunes á todas las demás.”*¹³

También encontramos algunos ejemplos de ejercicio de un derecho en el **DIGESTO** de Justiniano.

En el siglo XI surge un nuevo Derecho alentado por el renacimiento cultural del Occidente europeo, que se extendió gracias al Sacro Imperio Romano Germánico y del Papado. Se aspiraba en aquella época a construir un imperio unido a la imagen de la antigua Roma, y para ello se utilizó como instrumento el Derecho romano justiniano. Es lo que se llama la Recepción del Derecho Común, y tuvo lugar en la Baja Edad Media y Edad Moderna.

Se recuperan varios textos, entre los que se encuentran:

¹³ MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*. Primera parte...*Opus cit.*, p. 86.

-Códex o Código: manuscritos de la vieja Italia bizantina.

-Volumen parvum o Volumen: compuesto de los Instituta y Novellae.

-Digesto: compilación de la doctrina romana clásica en cincuenta libros, y que es el más importante.¹⁴

Estos tres libros conforman el Corpus Iuris Civilis, que junto al *Corpus Iuris Canonici* por parte de la Iglesia, conforman el ordenamiento más importante de la Baja Edad Media.

Todo este Derecho penetró en España de la mano de los estudiantes que viajaban a Italia y Francia, y de manera importante gracias a la creación de las Universidades españolas, donde se impartía únicamente el Derecho canónico, tal y como apunta TOMÁS y VALIENTE.¹⁵

En este Derecho Común, continúan vigentes las fórmulas ya vistas anteriormente, como veremos a continuación, aunque todavía no existen cláusulas generales, sino preceptos sobre el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes aplicados a casos concretos, así como de obediencia debida.

El Digesto contiene algunas referencias sobre la eximente analizada que, adoptando la forma de regla, se insertan bajo el Título XVII, denominado "*Sobre las diversas reglas del derecho antiguo*", que conforman un conjunto de 211 reglas de aplicación general.

No obstante, hay que analizar bien cómo operan dichas reglas, que en un principio puede dar lugar a pensar que poseen una aplicación general tal y como operan las circunstancias eximentes. Esto no es así, y para confirmar esto tan solo hay que ir a lo establecido en la primera de dichas reglas, que al igual que pasará posteriormente con las Reglas contenidas en las Leyes de

¹⁴ D'ORS, A. *El digesto de Justiniano*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1975

¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho...Opus cit.*, p. 199.

Partida, se articulan a modo de normas informadoras sometidas al contenido de la propia ley

Por ello, reproducimos la definición que de “regla” hace el propio Digesto, en la primera de ellas:

“Es <<regla>> la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabino, es a modo de resumen, que, si falla en algo, resulta, inútil.”¹⁶

Por lo que respecta al ejercicio de un derecho:

“No se considera que obra con dolo quien ejercita su derecho.” (Regla 55, 50, 17)¹⁷

“Sólo puede causar daño el que hace lo que no tenía derecho a hacer.” (Regla 151, 50, 17)¹⁸

Sí que existe alguna referencia en las leyes propiamente dichas contenidas en el Digesto, en relación con el ejercicio de un derecho, como el siguiente:

“El que realiza un acto en uso de un derecho reconocido no parece hacerlo para inferir injuria, pues la ejecución del derecho no supone injuria.” (Ley 13, 47, 10)¹⁹

De la lectura de este precepto podemos extraer algunas conclusiones, ya que establece que no comete injuria o insulto el que ejercite su derecho. No

¹⁶ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano... Opus cit.*, p. 870.

¹⁷ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano... Opus cit.*, p. 873.

¹⁸ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano... Opus cit.*, pp. 873-878.

¹⁹ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano... Opus cit.*, pp. 645-646.

explica sin embargo cuáles son los derechos, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en las normas anteriores, en las que se determinan los derechos que posee el ciudadano.

Es de señalar que el Código Penal de 1822, contiene disposiciones en este sentido, ya que no considera injurias las reprimendas o amonestaciones que el padre infrinja a su hijo, ni tampoco las que se realicen con ocasión de defensa judicial, observándose un claro paralelismo entre esta figura del Digesto y las recogidas en el artículo 706 del C.P. de 1822, que además continúan recogidas en los Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834, para desaparecer definitivamente al llegar el C.P. de 1848.

En cuanto a la obediencia a la autoridad pública o doméstica encontramos las siguientes menciones:

“El que ha hecho algo por orden judicial, no se considera que haya obrado con dolo, pues debe obedecer.” (Regla 167 & 1, 50, 17)

“Causa un daño el que manda hacerlo; pero no tiene culpa el que debe obedecer <al que se lo manda>.” (Regla 169, 50, 17)²⁰

También ocurría esto en la ejecución de una ley:

“Iurisexecutio non habetinjuriam” (Ley 15 & 1, 47, 10)²¹

Estas cláusulas generales tenían después sus regulaciones concretas en las figuras delictivas correspondientes, y así, estaba permitida la pena de muerte del enemigo en guerra, del desertor en circunstancias especiales, al condenado a muerte por un Tribunal, al sacrílego, al ladrón nocturno (1), (esta figura procede de las XII Tablas aunque posteriormente se reconduce a la figura de legítima defensa), a los adúlteros sorprendidos *in flagranti* por el

²⁰ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano...Opus cit.*, p. 880.

²¹ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la Autoridad*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995, p. 30. La autora cita esta causa de exención por ejecución de una ley.

padre o el esposo (2) (residuo de la vieja venganza privada que será sometida a límites en años posteriores).²²

Según GROIZARD, la facultad del padre de matar al adúltero es anterior a la misma facultad otorgada al marido, ya que en Roma lo importante no era la defensa del honor familiar, sino con *“el principio cardinal del derecho romano que daba al padre omnímodas facultades sobre las hijas que estaban bajo su potestad, derechos ultrajados por el corruptor, y á cuya reparación la ley consideró lógico y justo dejarle salir personalmente con un rigor y una impunidad que no se otorgaron nunca al marido.”*²³

2.4.- El Derecho en la Hispania Visigoda.

A principios del siglo V, los germanos se extienden por las provincias del Imperio Romano. Entre estos pueblos destacan los godos, que según su situación geográfica de asentamiento se dividen en ostrogodos y visigodos.

Estos últimos convivieron con los romanos hasta la destrucción del Imperio en el 476, y durante este tiempo ocuparon tierras de las provincias manteniendo sus costumbres jurídicas adaptadas a la situación de nuevos pobladores, origen de lo que se llaman las leyes teodorianas referidas por Sidonio Apolinar.

Estas exclusiones de responsabilidad penal van a continuar en el **Derecho Penal Canónico**, donde se regulará la exención para el que usa de su derecho propio y quién cumple con un deber impuesto por la propia ley, como es el caso de jueces y verdugos. También se regulan en este Derecho las situaciones en que se puede causar la muerte en caso de guerra, así como

²²Ambas cuestiones (1) y (2), son apuntadas por SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la Autoridad...Opus cit.*, pp. 30-31, citando a Rein. W. <<Das Kriminalrecht der Römer>>Aalen, 1962.

²³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo IV. Salamanca, 1891, p. 585. Existe un arduo debate en torno al tratamiento que en esta cuestión del llamado *“uxoricidio por adulterio”*, planteaba sobre el padre, el marido, el abuelo, o el hermano, cuestión por otra parte en la que, por razones obvias no vamos a entrar.

el derecho a matar al ladrón nocturno que es sorprendido por el propietario de la vivienda. En cambio no existe tal exención para el caso de los adúlteros, tal y como sucede en otras normas, pero sí en cambio las lesiones infringidas por el padre, maestro o amo a sus hijos, pupilos o súbditos.²⁴

Como ocurría en el Derecho romano y germánico, también en esta ocasión se reconoce el derecho a matar al enemigo en situación de guerra y al ladrón nocturno sorprendido *in flagranti*. En cambio, a diferencia del Derecho anterior, no se puede matar al adúltero.

Igualmente quedan justificadas las lesiones corporales que los padres, superiores eclesiásticos, maestros y patronos, causen el ejercicio del derecho de corrección al hijo, inferior, discípulo, o siervo respectivamente.²⁵

Como se comprobará más adelante, las lesiones en el ejercicio del derecho de corrección serán recogidas por los textos jurídicos españoles, e incluso en los Códigos Penales desde 1822.

3.- Derecho histórico español.

Debido a las invasiones germanas el Imperio romano se iba dividiendo en distintos reinos. A la vez surgió en el mediterráneo occidental un nuevo poder basado en la religión, el Islam, que se expandió rápidamente por todo el mundo, y que en apenas un siglo (650-750), se convirtió en un imperio cohesionado. Posteriormente se fue dividiendo, pero la religión siguió siendo una sola y ello permitió la unidad de la ley.

Durante muchos siglos se produjo un gran enfrentamiento entre el Islam y la Cristiandad, hecho que también se repitió en Hispania donde en el año 711 se produjo la invasión de la Península Ibérica por los árabes. La invasión trajo

²⁴ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la Autoridad... Opus cit.*, p. 31.

²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la Autoridad... Opus cit.*, p. 31.

consigo que las normas existentes pervivieran y fueran aplicadas junto a otras que se iban creando.

Los musulmanes crearon su centro de poder en la zona sur de la Península en lo que se conoce como Al-Andalus, estando la capital de su primer Emirato en Córdoba. Desde aquí se proyectará al resto de territorios conquistados el influjo político, cultural, económico y religioso.

En el siglo X, los cristianos iniciaron la reconquista de los territorios a los musulmanes que anteriormente habían invadido, creándose un gran mosaico de reinos cristianos repoblados con habitantes de otras zonas, en lucha permanente con los califatos musulmanes y entre ellos mismos, lo que producirá una gran dispersión jurídica con un claro ámbito local.²⁶

Al final de la época visigoda el texto general del reino era el ***Liber Iudiciorum***, principalmente su edición Vulgata, el cual fue respetado en algunos territorios conquistados en primer lugar por los musulmanes y también en algunos de los nuevos reinos cristianos surgidos de la reconquista.

Esta es la idea que apunta TOMÁS y VALIENTE, cuando dice que *“sabemos también con seguridad que después del año 711 el Liberiudicium se aplicó en distintas regiones hispánicas, porque se consideró que era el Derecho propio de su población; también entonces el Liber fue el Derecho propio de los mozárabes.”*²⁷

En cambio, los historiadores coinciden en afirmar que el Liber no tuvo tanta incidencia en tierras de Castilla la Vieja, Navarra y Aragón.

Paralelamente al Liber existía un derecho consuetudinario de influencia franca y popular que los cronistas de la época tachan de primitivo y rudo.

²⁶ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas... Opus cit.*, pp. 339 y ss.

²⁷ TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho... Opus cit.*, p. 109.

En cuanto al **Derecho musulmán** aplicado en la Península ibérica, durante la dominación árabe, en la Edad Media, hasta la expulsión definitiva de los moriscos en el año 1604,²⁸ pueden citarse como fuentes principales:

a) El Corán o libro sagrado del Islam, recoge las revelaciones de Alá al profeta Mahoma, dadas en el siglo VII. Consta de 114 capítulos que agrupan unos 5.000 versículos, conteniendo preceptos y enseñanzas de carácter jurídico, una décima parte.

También el Corán recoge preceptos que pueden ser considerados como ejercicios legítimos de un derecho, dirigidos contra la mujer adúltera, tal y como sucedía en el Código de Hammurabi, y como sucederá en los textos posteriores.

No es extraño sin embargo encontrar este tipo de preceptos en un texto que se erige como guía del musulmán, ya que como todos sabemos en esta religión y en esta cultura la mujer queda supeditada siempre a un segundo plano muy por debajo del hombre. El propio Corán lo expresa en su versículo 38, de la Sura IV, cuando dice:

“Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquéllas y porque los hombres emplean sus bienes en dotar a las mujeres.”²⁹

En relación a la figura objeto de estudio, podemos citar el **versículo número 19, Sura IV** que dice:

“Si vuestras mujeres cometen la acción infame, llamad a cuatro testigos. Si sus testimonios concurren contra ellas, encerradlas en casa hasta que

²⁸ CORONAS GONZÁLEZ, S. M. *Manual de Historia del Derecho Español*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 122 y ss.

²⁹ *El Corán. El libro sagrado del Islam*. Editorial Edimat Libros. Madrid, 1998, p. 67.

la muerte se las lleve o hasta que Dios les procure algún medio de salvación.”

Se puede comprobar fácilmente que también el Corán ordena que en caso de que una mujer cometa adulterio, y una vez comprobado, se le encierre en casa hasta que se muera. En esta ocasión la expresión “*encerradlas*”, no parece que indique una potestad para el marido, sino más bien una orden legal, es decir que el marido que encerrara a su mujer adúltera estaría exento en virtud de haber obrado en cumplimiento de un deber, y no en el ejercicio legítimo de un derecho, como ocurre en los textos de nuestras leyes patrias, que no imponen la obligación de hacerlo al marido como se puede ver.

Durante la **Edad Media**, se analizará la formación del Derecho Común, construido con base en los anteriores.

La conquista de la práctica totalidad de la Península Ibérica por los musulmanes, a principios del siglo VIII, trajo consigo la pérdida de la unidad política y jurídica que hasta entonces existía. España se dividió en territorios musulmanes y territorios cristianos, y estos últimos a su vez se dividieron en numerosos reinos, todos ellos con su ordenamiento jurídico de aplicación local.³⁰

El Liber Iudiciorum siguió en vigor en buena parte de los territorios de la Península Ibérica, conviviendo con el Derecho consuetudinario de ámbitos geográficos locales.

Como ejemplo de este Derecho se encuentran las **Cartas pueblas**, donde se recogían las condiciones de asentamiento de los nuevos pobladores de las tierras conquistadas, y los **fueros**, que suponían una regulación otorgada por el monarca a alguna de las comunidades de su territorio, donde

³⁰ CORONAS GONZÁLEZ, S. M. *Manual de Historia del Derecho Español...Opus cit.*, pp. 137 y ss.

quedaban establecidas cuáles y cómo debían ser las relaciones entre ellos. (Fuero de León, Fueros de Sahagún, Fueros de Benavente, etc.)

Preceptos de este tipo los podemos encontrar en el **Fuero Juzgo**, Código de la legislación hispano visigótica del siglo XIII, que constituye una versión romance del Liber Iudiciorum. En este texto se insertan las leyes contenidas en las compilaciones de los monarcas godos Eurico, Rescenvinto y Ervigio.

En este texto se establece expresamente que el que mate al ladrón está exento de pena. Entre los preceptos del Fuero Juzgo que guardan relación con la eximente analizada encontramos:

- Ley 15, Título 3, Libro 7:

“Si algún omne mata el ladron que se mampara con arma. El ladron que es prendido de dia, é se quiere defender con arma, si alguno lo matare, non debe seertenudo del omezillio, assi cuemo del que furta de noche.”

Se aprecia aquí que el texto permite tres casos de homicidio sin pena. En los dos primeros casos, los referidos al *“ladron que se mampara con arma”*, y al ladrón que *“se defiende con arma”*, podrían estar más vinculados a la legítima defensa por cuanto existe un ataque o al menos un riesgo real y evidente para la vida al portar armas el agresor.

Pero a nosotros nos interesa la última parte del precepto, ya que permite la muerte del que simplemente *“furta de noche”*. Esto quiere decir que simplemente con que un ladrón penetre en una vivienda, es suficiente para que la persona que allí vive pueda matarlo, ejercitando el derecho reconocido en este precepto.

En el mismo sentido se articula el siguiente precepto del Fuero Juzgo:

- Ley 16, Título 3, Libro 7:

“Ley Antigua.- Si algun omne mata el ladron que anda de noche. El ladron que furta de noche, y es prendido con el furto, si alguno lo matare, non debe seertenudo de pechar del omecillio.”

Aquí vuelve a recoger el derecho de “*todo omne*” de matar al ladrón que se coja con los efectos sustraídos de la vivienda, en cuyo caso no sería considerado como un homicidio, y estaría por tanto, exento de pena.

Posteriormente, el **Fuero Real**, recogió algunos preceptos referidos al homicidio justo, de forma muy similar a como lo había hecho el Fuero Juzgo:

- Ley 1, Título 17, Libro 4:

“Todo home que matáre á otro á sabiendas, muera, por ello, salvo si matáre a su enemigo conocido, ó defendiéndose, ó si le falláre durmiendo con su muger, do quier que le fallase, ó si lo falláre en su casa yaciendo con su fija, ó con su hermana, ó si le falláre llevando muger forzada para yacer con ella, ó que ha yacido con ella, é si matáre ladrón que falláre de noche en su casa hurtando ó foradándola, ó si le fallare con el furtofuyendo, ó se quisiere amparar de prisión, ó si le fallare forzando lo suyo, é no le quisiere dexar, ó si lo matáre por ocasión no queriendo matarlo, ni habiendo malquerencia con él de ante, ó si lo matáre acorriendo á su señor quel ve matar, ó quiere matar á padre, ó fijo, ó abuelo, ó hermano, ó a otro home que deba vengar por linaje, ó matar en otra manera que pueda mostrar que lo mató con derecho.”³¹

Se puede apreciar que en este precepto se regulan todos los casos del denominado homicidio justo, es decir, exento de pena, que se produce cuando el marido, el padre, o el hermano sorprenden a la mujer adúltera, y la matan, o bien cuando sorprende al ladrón nocturno o bien que no quiera dejar lo robado. También se contempla la figura de la venganza por linaje, o “**matar de otra**

³¹ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, pp. 140-141.

manera que pueda mostrar que lo mató con derecho”; es decir, que matar a otro en el ejercicio legítimo de un derecho ya se consideraba causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Aquí convive esta eximente con la de legítima defensa. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante al comentar otros preceptos similares de las leyes de Partida y Novísima Recopilación.

También en el Fuero Real se recogen excusas basadas en la obediencia debida a la ley.³²

Inmediatamente después del Fuero Real nos encontramos con las denominadas **Leyes del Estilo**, llamada también de forma más correcta “*Declaraciones de las leyes del Fuero Real*”, a las que se les niega carácter de leyes debido a que no fueron aprobadas por las Cortes, aunque desde una perspectiva práctica adquirieron una gran relevancia, al ser aplicadas constantemente por los Tribunales.³³ Así, en las Leyes del Estilo también encontramos conceptos referidos a la obediencia al señor, pero que citamos a modo de ejemplo como deber de cumplir con la orden del señor, y reconducidos hacia la obediencia debida.³⁴

³² MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, pp. 112 y 135. **Ley 1, Título 2, Libro 2:** “*Todas las cosas que el Alcalde manda hacer á algun home, así como prender ó entregar ó otras cosas que convengan al oficio de Alcalde, ó aquel á quien lo mandare, cumplieren el mandamiento del Alcalde. E alguno de aquellos contra quien fuere el mandamiento demandáre á aquel que lo fizo alguna pena por aquello que fizo. Si aquel que lo fizo diere el Alcalde por manifesto, que ge lo mandó hacer, ó si por aventura el Alcalde, dixiere que no se acuerda, ó que no gelo mandó hacer, y aquel que lo fizo pudiere probar que el Alcalde gelo mandó hacer, no haya ninguna pena si sea tenido de responder por ello: mas el otro se pueda querellar al Rey del Alcalde, si puidiere, y el Rey fagale derecho; mas si no probáre que el Alcalde gelo mandó hacer, sea tenido de responder por lo que fizo.*”

Ley 10, Título 4, Libro 4: “*El que fuerza e daño hiciere por mandado de su señor, es sin culpa. Quien por mandato de su señor, quier sea fijo-dalgo, quier no, quier libre, quier siervo, quier franqueado, hiciere algun daño, ó fuerza, ó otra cosa desaguisada, o haya pena ninguna: mas el señor que gelo mandó gacer, sutra la pena del fecho: en aquel que lo fizo por mandado de su señor no es en culpa, porque obedeció á quien debia: y esto si no fuere fecho contra el Rey, ó contra su Señorío: ca ningún home no puede haber señor que tire el Señorío de Rey, que es natural, é por ende no se puede perder, aunque alguno se quiera del partir: ó por esto también el señor que lo mandó, como el vasallo que lo fizo, haya la pena que manda la Ley.*”

³³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, p. 149. Esto se dice en el propio prólogo de las Leyes del Estilo, en su “Advertencia sobre el texto”.

³⁴ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, p. 173. **Ley 252:** “*Si alguno faze, algun delito por mandado de su señor, cómo se libra. Sobre la ley, ques en el titulo de las fuerzas, que comienza: Quien por mandado de su señor, quier sea fijo-dalgo, quier*

Asimismo existen algunos de estos supuestos en la obra fundamental del Derecho medieval español, las Partidas del rey Alfonso X (1256-1265),³⁵ que suponen la recepción del Derecho Común basado en el Derecho romano y la doctrina canónica en España.

Alfonso X el Sabio fue uno de los monarcas que supuso una auténtica revolución ya que contaba además con un gran reino con motivo de la unión de los reinos de León y Castilla y más tarde la anexión de reinos musulmanes de Andalucía y Murcia, durante el siglo XIII.

Así, en las **PARTIDAS de Alfonso X el Sabio**, encontramos numerosos preceptos parecidos, y por ejemplo tenemos:

- Ley 3, Título 8, Partida VII:

“Porque razones, e en que casos non merece pena de homicida aquel que mata a otro ome”.

Fallando un ome a otro que traua de su fija, o de su hermana, o de su muger con que estuuiesse casado segund manda la santa Iglesia, para yacer con alguna dellas por fuerça, si lo matare estonce quando le fallase que le fazia tal deshonra como esta, non cae en pena ninguna. Otro tal dezimos que seria si algun ome fallase algun ladrón de noche en su casa, e lo quisiesse prender para darlo a la justicia del lugar, si el ladrón se amparasse con armas. Ca estonce, si lo matare non cae por esso en pena, e si lo fallase y de dia, e lo pudiesse prender sin algund peligro, non lo deue matar en alguna manera. Otrosi dezimos, que cualquier caballero que desampare a su señor dentro en el campo, o en hueste, o se fuesse a los enemigos si algun dome lo quisiesse prender en la carrera para lleuarlo a su Señor, o a la corte del Rey, si el caballero se amparasse, e non se dexasse prender, e lo

non, quier libre, quier siervo, quier franqueado, fizierealgun daño o fuerza, non haya pena ninguna...”

³⁵ TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho...Opus cit.*, p. 237 y ss. Con respecto a la autoría de esta obra a Alfonso X el Sabio, Tomás y Valiente opina que: “*las Partidas son una obra generalmente atribuida a Alfonso X, aunque, como veremos, también esto se discute hoy como casi todo lo referente al proceso su redacción.*”

matassen, non cae por ende en pena el que por tal razon lo matare. Otro tal dezimos que seria, si algun dome matasse a otro que le quemasse, o destruyesse de otra guisa de noche sus casas, o sus campos, o sus miesses, o sus arboles, o de dia amparando sus cosas que le tomava por fuerça, o si matasse al que fuesse ladrón conocido, o al robador que tuuiesse caminos públicamente. Ca el que matasse a cualquier dellos non caeria en pena ninguna. Otrosi dezimos, que si algun dome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuesse de edad de diez años e medio matasse a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que faze.”

Del análisis de esta ley que acabamos de transcribir se pueden extraer los siguientes supuestos de homicidio justo:

1º: Cuando el padre, hermano o marido sorprenda al hombre que ha raptado violentamente a su hija, hermana o mujer, y le cause la muerte.

2º: Al hombre que matare al ladrón nocturno, en el caso de que al querer detenerle este se defendiere con armas.

3º: Cuando el ladrón es sorprendido de día, y en el caso de que lo pueda detener sin peligro, NO puede matarlo.

4º: Cuando algún caballero abandone a su Señor, y en su huida se defendiese con armas, se le puede causar la muerte.

5º: Si un hombre mata al que de noche le ha quemado la casa, o sus campos, o cosechas.

6º: Si un hombre mata a otro que de día le roba violentamente sus cosas.

7º: Si un hombre mata al ladrón habitual, le puede causar la muerte.

El contenido de esta ley es muy similar a la regulación que realiza el Fuero Juzgo (Ley 15, Título 3, Libro 7; Ley 16, Título 3, Libro 7), y el Fuero Real (Ley 1, Título 17, Libro 4).

- Ley 13, Título 17, Partida VII:

“Como un omne puede matar a otro que fallasse yaciendo con su muger. El marido que fallare algundome vil en su casa, o en otro lugar yaciendo con su muger, puedelo matar sin pena ninguna, Moger non le ouiese fecho la afruenta que diximos en la ley ante desta. Pero non deue matar la muger, mas deue fazer afruenta de omes buenos de cómo lo fallo, e de si meterla en mano del judgador que faga Della la justicia que la ley manda. Pero si este ome fuere tal a quien el marido de la mugerdeue guardar, e fazer reuerencia, como si fuese su señor, o ome que lo ouiesse fecho libre: o si fuesse ome honrado, o de gran lugar, non lo deue matar por ende: mas fazer afruenta de cómo lo fallo con su muger, e acusarlo dello ante el judgador del lugar, e después que el judgador supiere la verdad deuel dar pena de adulterio.”

Como se puede apreciar, esta ley de Partida permite al marido matar a la mujer adúltera, convirtiéndose en un derecho reconocido legalmente. Además de reconocer este derecho, establece la forma en que el derecho debe ejecutarse, ya que no tenía la misma suerte el hombre que yacía con la mujer casada, que la propia mujer adúltera.

- Ley 14, Título 17, Partida VII:

“Como el padre que fallase algun dome yaciendo con su fija que fuesse casado, los deue matar a ambos, e non a ninguno.

A su fija que fuesse casada fallan dola el padre faziendo adulterio con algun dome en su casa mesma, o en la del yerno, puede matar a su fija, e al ome que fallare faziendo enemiga con ella: pero non deue matar al

vno, e dexar al otro, e si lo finiere cae en pena, assi como adelante se demuestra. E la razón porque se mouieron los sabios antiguos a otorgar al padre, este poder de matar a ambos, e non al vno es esta: porque puede el ome ayer sospecha que el padre aura dolor de matar su fija, e por ende estorcera el varon por razon Della. Mas si el marido ouiesse este poder, tan grande serie el pesar que auria del tuerto que recibiesse, que los matasse al que fallo yaciendo con su fija, o perdonasse a ella: o si el marido matare a su muger fallandola con otro, e al ome que assi lo deshonnase, Moguer non guardasse todas las cosas que diximos en las leyes ante desta que deuen ser guardadas, como quier que errariafaziendo de otra guisa: con todo esso non es guisado que reciba tan gran pena, com los otros que fazenomezillo sin razon: esto es porque el padre perdonando a la fija fazelo con piedad. Otrosi matando el marido de otra guisa que la ley mandasse, mueuesse a lo fazer con gran pesar que ha de la deshonna que recibe. E por ende dezimos que si aquel a quien matasse fuesse ome honrrado, e el que lo matasse fuesse ome vil, qudeue el matador ser condenado para siempre a las lauores del Rey. E si fuesen ygualesdeue ser desterrado en alguna isla por cinco años. E si el matador fuesse mas honrrado que el muerto, deue ser desterrado por mas breue tiempo, según aluedrio del juggador ante quien tal pleyto acaeciese.”

Es importante analizar esta ley de Partida, a la vista de su redacción. Comienza la ley diciendo que si un padre halla a algún hombre yaciendo con su hija casada, **“los deue matar a ambos, e non a ninguno.”** Aquí ya no estamos en presencia de un derecho que el marido o el propietario de una casa puede ejercitar o no, sino que estamos en presencia de un deber legal. Según este precepto no existe la posibilidad de matar o no, sino que se está obligando al padre a matar al hombre que yace con su hija adúltera.

Esta redacción no es casual. El propio precepto ofrece los motivos de este requisito de que sean ambos lo que mueran y no solo uno, ya que la excusa, si bien se configura como una eximente en toda regla, está basada en los estímulos poderosos que en estos casos podrían causar un arrebató tal en

el padre que la ira le llevase a matar a los dos, ya que si únicamente mata a uno de ellos, esa ira se supone que no fue tan grande. De igual forma justifica el propio precepto que no se otorgue al marido el mismo poder que al padre para realizar este acto. Sobre esta cuestión relativa a la diferencia de trato entre padre y marido para matar a la mujer adúltera, algunos autores opinan que se debe a que esta redacción está recogida de las ideas del Derecho Romano que otorgaban mucho poder al padre sobre las hijas, y no al marido. Sobre este particular se volverá más adelante.

Esta es la opinión de GROIZARD, que para preceptos idénticos del Derecho romano, de donde se ha nutrido el precepto transcrito de la ley de Partida, dice: *“era necesario que no se limitase á dar muerte á uno de los culpables, sino que, incontinenti, quitara la vida a los dos, y era indispensable también que los hubiese sorprendido en el acto de cometer el adulterio in opere [...] Ulpiano la explicó así: Debe entenderse por incontinenti, que, habiendo muerto al adúltero en aquél día, no suspenda dar muerte á la hija para el día siguiente, ó al contrario; porque en un mismo tiempo, y movido del mismo ímpetu de ira, debe dar muerte á los dos.”*³⁶

Nos encontramos por tanto ante la primera referencia existente en las normas estudiadas hasta ahora, que hace mención a lo que hoy podríamos entender como la exigencia de obrar en cumplimiento de un deber.

Después de establecer este deber al padre de hija adúltera, el precepto examinado regula las distintas modalidades que pueden darse, y así habla de que sea sorprendida en su misma casa o en la del yerno.

Este precepto no tiene continuidad en las normas publicadas posteriormente tal y como viene redactado aquí, es decir, como obligación de matar a ambos adúlteros, y, así, la Novísima Recopilación regula la posibilidad de matar al hombre que yazca con mujer adúltera, pero lo hace como derecho

³⁶ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870. Comentado y concordado...Opus cit.*, p. 586.

del marido, del padre o del hermano a matar al hombre pero no como una obligación legal de matarlos.

Únicamente existe una referencia en la Novísima Recopilación que pueda asimilarse a la vista en la ley de Partida, pero solo en cuanto a que también establece la obligación legal de matar. Aunque se volverá a significar en su parte correspondiente, la Ley 1, Título 21, Libro 12 de la N.R., establece que se excusa de la pena del homicidio al que *“debe vengar por linaje”*, por lo que este texto regula un nuevo deber u obligación de matar, distinto al expresado en la ley de Partida.

A continuación de los preceptos establecidos en las leyes de las Partidas, encontramos las denominadas *“De las reglas del derecho.”* (Título XXXIV, de la Setena Partida)³⁷, que pueden ser consideradas como principios informadores de las leyes expresamente establecidas anteriormente, tal y como se dice en la introducción a dichas reglas:

“Regla es ley dictada brevemente con palabras generales, que demuestra ayna la cosa sobre que fabla, e ha fuerça de ley: fueras ende en aquellas cosas sobre que fablase alguna ley señalada de aqueste nuestro libro, que fuesse contraria a ella. Ca estonce deue se guardado lo que la ley mande, e non lo que la regla dize. E como quier que la fuerça e el entendimiento de las reglas ayamos puesto ordenamiento en las leyes deste nuestro libro segund conuiene, pero queremos aque decir de los ejemplos que mas cumplen al entendimiento dellas, según los sabios mostraron, porque la nuestra obre asea mas cumplida de entendimiento.”

*Esta definición de regla es muy similar a la que consta en el Digesto de Justiniano,*³⁸ *texto anterior a las Partidas, por lo que se observa claramente la influencia que tuvo dicho texto romano en la redacción de las Partidas.*

³⁷ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, p. 664.

³⁸ D'ORS, A. *El Digesto de Justiniano...Opus cit.*, p. 870. Efectivamente el concepto de regla que aparece en el Digesto es el que sigue: *“Es <<regla>> la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente.*

Entre las reglas encontramos la que se reproduce a continuación, en la que, como se puede ver, se establece la causa general de exclusión de responsabilidad al que ejercita su derecho.

- Regla 14, Título 34, Partida VII:

“E aun dixeron los sabios, que non faze tuerto a otro quien vsa de su derecho.”

De la lectura de esta regla podría pensarse que establece una causa general de exclusión de la responsabilidad criminal por cuanto establece que no comete ilícito alguno quien usa de su derecho.

Realmente esta causa general es simplemente un regla sin contenido propio, ya que ese “*derecho*” al que hace referencia deberá ser expresamente reconocido en las leyes de Partida, como se ha podido ver en los casos anteriores, por lo que realmente estas reglas son superfluas ya que no existen otros derechos reconocidos en otras leyes diferentes a las leyes de Partida.

Igualmente existen otras reglas que hacen referencia a la obediencia debida a su señor o a su padre³⁹, también con vocación de principio informador de las leyes pero subordinadas a lo que éstas determinen.

Asimismo en las Leyes de Partida se recogen diversos preceptos relacionados con la exclusión de responsabilidad por la obediencia debida en virtud de la orden del Rey o del señor⁴⁰

Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabino, es a modo de resumen, que, si falla en algo resulta, inútil.”

³⁹ La Regla 9, Título 34, Partida VII establece: “*E también dixeron que si aquel que obedeciendo el mandamiento de su señor, o de su padre fizo cosa porque merecía pena, que non la deuen dar a el: porque lo que el fizo fue fecho por voluntad de otri a quien era tenuto de obedecer, o es de creer que lo non fizo por la suya e por ende deuen dar la pena a aquel que lo mando.*” Igualmente la Regla 20, Título 34, Partida VII dice: “*Otrosidixeron que el que faze alguna cosa por mandado del judgador, a quien ha de obedecer, non semeja que lo faze a mal entendimiento: porque aquel faze el daño, que lo manda fazer.*”

Durante el siglo XVIII, la legislación, de origen casi exclusivamente real sin apenas participación de las Cortes y de vigencia general en toda la Monarquía, tuvo un carácter marcadamente reglamentista (Pragmáticas, Reales Cédulas, Ordenanzas, Instrucciones, Decretos, etc).

Todas estas normas fueron incorporándose sucesivamente en las distintas ediciones de la Nueva Recopilación publicadas en 1723, 45, 72, 75 y 77), pero sin subsanar una serie de desórdenes y omisiones que se intentó corregir publicando un tomo aparte con las normas aparecidas desde 1745, labor que realizó Lardizábal, pero que quedó suspendida por los Fiscales del Consejo por advertir algunos errores, decidiendo en 1802 la formación de una colección nueva, la *Novísima Recopilación*. Su autor fue Juan de la Reguera Valdelomar, que la publicó bajo el título de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* en 1805, a la que se añade un suplemento en 1808.⁴¹

Así, la Ley 4, Título 23, Libro 8, de la *Nueva Recopilación*, también hace mención al homicidio justo, si bien queda contenida en los preceptos que veremos a continuación de la *Novísima Recopilación*.⁴²

La **Novísima Recopilación** recoge las siguientes formulaciones:

- **Ley 1, Título 17, Libro 12:** La Pragmática dictada por D. Felipe IV el 15 de junio y 6 de julio de 1663, autoriza a matar a bandidos y ladrones de caminos declarados o en rebeldía, cuando dice que:

⁴⁰Ley 11, Título 23, Partida I: “*En qualrazon puede fazer limosna el que fuere en orden*”; Ley 16, Título 13, Partida I: “*Como el pueblo deue enuergonçar e obedecer al Rey*”; Ley 16, Título 13, Partida II: *sobre órdenes del Rey*; Ley 5, Título 15, Partida VII: “*De los daños que fazen a los que están en poder de otro por mandato de sus mayores, que non son tenudos ellos de lo pechar.*”

⁴¹ TOMAS Y VALIENTE, F. *Historia del Derecho Español... Opus cit.*, pp. 397-398.

⁴² MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España... Opus cit.*, p. 3. El autor cita en el Prólogo de la obra, que “*En cuanto al Ordenamiento Real o de Montalvo, y la Nueva Recopilación de que no hacemos mención, á nada conduciría que los reprodujésemos literalmente, haciendo farragosa é indigesta nuestra colección, puesto que la Novísima Recopilación ha venido á sustituirlos, refundiéndose en ella las de la Nueva, como en ésta se refundieron en su dia las del Ordenamiento Real.*”

“Modo de proceder contra los bandidos y salteadores que anden en cuadrillas por caminos o despoblados. Ordenamos y mandamos, que cualesquier delinquentes y salteadores, que anduvieren en cuadrillas robando por los caminos ó poblados, y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte, no parecieren ante los Jueces que procedieren contra ellos, á compurgarse de los delitos de que son acusados, substanciado el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos; y permitimos, que cualquier persona, de cualquier estado y condicion que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos o muertos ante los Jueces de los distritos donde fueren presos ó muertos; y que pudiendo ser habidos, sean arrastrados, ahorcados y hechos quartos...”⁴³

Nuevamente se incluyen causas concretas de ejercicio de un derecho vinculados al homicidio exento de pena. En este caso la ley recogida en la Novísima Recopilación permite a cualquier persona que pueda matar a los “contumaces y bandidos públicos”, desprendiéndose de la redacción de esta ley que es un derecho que asiste a cualquier ciudadano, y que puede ejercitar o no.

Los términos “contumaces y bandidos públicos” podrían interpretarse como “rebeldes y buscados por la justicia”, en cuyo caso una persona sin que exista ningún tipo de agresión anterior ni ataque para la vida, podría matarlos sin incurrir en delito alguno al estar exento de pena.

- Ley 1, Título 21, Libro 12:

“Pena del homicida voluntario; y casos en que se excusa de ella el que mate á otro.

⁴³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España...Opus cit.*, p. 1881.

Todo hombre que matare a otro á sabiendas, que muera por ello; salvo si matare a su enemigo conocido, ó defendiéndose; ó si lo hallare yaciendo con su muger, do quier que lo halle; ó si lo hallare en su casa, yaciendo con su hija ó con su hermana; ó si le hallare llevando muger forzada, para yacer con ella, ó que haya yacido con ella; ó si matare ladron que hallare de noche en su casa, hurtando ó foradándola; ó si le hallare con el furto huyendo, y no se quisiere dar á prisión; ó si lo hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiere dexar; ó si lo matare por ocasión, no queriendo matarlo, ni habiendo malquerencia con él; ó si lo matare acorriendo á su Señor, que lo vea matar, ó á padre ó á hijo, ó á abuelo ó á hermano, ó á otro hombre que debe vengar por linaje; ó si lo matare en otra manera, que pueda mostrar que lo mató con derecho.”

Este precepto vuelve a hacerse eco de redacciones anteriores, y así eleva el matar sin responsabilidad criminal a la categoría de derecho reconocido en la ley a favor a la persona que se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- Que sorprenda a un hombre yaciendo con su mujer, su hija o su hermana.
- Raptando a una mujer, antes o después de haber yacido con ella.
- Que sorprenda de noche robando en su casa o dentro de ella, o después de haber robado, huya y no se detenga.
- Que no quiera entrar en prisión después de haber robado.
- Que haya matado a su señor, o a persona que por linaje deba vengar.
- Que demuestre que la ha matado con arreglo a derecho.

Es importante resaltar y analizar aquí, con un poco más de detalle, dos de los motivos establecidos en el artículo que acabamos de transcribir, que excusan de responsabilidad criminal al que mate a otro, en virtud de las causas siguientes:

- a) **El homicidio cometido por “el que debe vengar por linaje”**: Como ya hemos adelantado cuando analizábamos las leyes de Partida, se regula nuevamente una obligación legal de matar al que por linaje deba vengar a otro. Es lo que se llama “**venganza privada**” ó “**faida**”, tan extendida en este época, donde los ciudadanos podían “*limpiar su honor*” en determinados casos.

Esta obligación legal se asimila a la exigente actual de obrar en cumplimiento de un deber, tal y como adelantábamos al comentar la **Ley 14, Título 17 de la Partida VII**, en páginas anteriores.

- b) **Al que “pueda mostrar que lo mató con derecho”**: esta última frase abre la puerta a todos los casos que puedan considerarse análogos a los expresamente regulados en el artículo.

Esta **Ley 1, Título 21, Libro 12**, que hemos comentado, coincide, con las diferencias que ya se han explicado, con la **Ley 1, Título 17, Libro IV del Fuero Real** y con la **Ley 4, Título 23, Libro 8 de la Recopilación**.

De esta forma se regulan las hipótesis de homicidio justo en nuestras “leyes patrias”, pero existen diferencias entre las condiciones de ejecución establecidas en *Las Partidas* y las que recoge la *Novísima Recopilación*, y así en esta última la regulación del adulterio se realiza como facultad del marido, el padre o el hermano y no como deber del padre, por lo que puede decirse que existe un avance en su regulación.

Del mismo modo se menciona en la *Novísima recopilación* el rapto violento y violación, circunstancias que no aparecen en las leyes de Partidas.

También está justificada la muerte del ladrón sorprendido de noche robando, aunque las Partidas reconocen otros supuestos de delito flagrante: por ejemplo si el ladrón se defiende con arma expuesto en la **Ley 3, Título 8, Partida VII**, que no recoge la *Novísima Recopilación*.

Esta recopilación de normas fue progresivamente sustituida por la publicación de los Códigos respectivos (mercantil, penal, civil) que de manera paulatina iban derogando la parte correspondiente.

4.- Derecho codificado.

4.1.- La Codificación española. Introducción.

No será hasta el nacimiento de la dogmática jurídico-penal fruto de las ideas ilustradas del siglo XVIII, cuando surja de forma clara la tarea codificadora, que se materializará en los códigos españoles del siglo XIX.

Es en el siglo XVIII cuando se deja sentir el influjo de los pensamientos de la Ilustración, de signo humanista y reformista, sobre todo en el campo del Derecho penal, el más necesitado de reforma en cuanto que se erige como el símbolo de toda la crueldad y atraso del Antiguo Régimen.

Existen obras muy representativas de esta época como la de Alonso de Acevedo, *De reorumabsolutione* (1770), que ponía en tela de juicio algunas penas como la de tormento como medio de prueba, seguida por la traducción de la obra más representativa del nuevo pensamiento ilustrado, *Dei delitti e delle pena*, del marqués de Beccaria en 1774.

En 1776, Roda, el secretario de Gracia y Justicia, encarga al Consejo de Castilla la reforma penal, realizándose un extracto de leyes penales de Castilla y el *Discurso sobre las penas* (1782), del consejero Manuel de Lardizabal y Uribe, que fue utilizada posteriormente por los redactores del primer Código Penal español de 1822.

Aquella primera tarea codificadora fue paralizada sin embargo por la Revolución Francesa, aunque se llegaron a traducir algunas otras obras como ***La ciencia de la legislación*** de Gaetano Filangieri (1787-1789), que influyó

muchísimo en la redacción del Código Penal de 1822, tal y como expresaron los autores de la época.⁴⁴

No obstante lo anterior, hay que mencionar, aunque sea a modo de curiosidad, el trabajo de JUAN DEL ROSAL, sobre un “*supuesto Código Penal del siglo XVII*”.⁴⁵

El autor se hace eco de una obra escrita por Francisco de la Pradilla Barnuevo, que en realidad se trata en una “Suma de leyes”, consistente en una recopilación de normas sueltas, que el propio Del Rosal, después de su estudio, concluye que no es un Código por diversas razones técnicas, que no se van a citar aquí.

Sí quisiera significar que en dicho texto se recoge, en el Capítulo IX, un precepto que hace referencia al delito de adulterio, excusando de responsabilidad criminal al marido que matara a la mujer casada adúltera o al hombre que yaciere con ella.⁴⁶

Aunque, como hemos dicho, se trata de una mera recopilación de normas sin mediar sistemática alguna, vemos que la esencia de este precepto está presente en viejas formulaciones de las leyes de Partida y Novísima Recopilación, en los más recientes Códigos Penales decimonónicos.

Por lo que respecta al precepto contenido en el artículo 20.7º del Código Penal actual, que regula la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho oficio o cargo, con una descripción casi idéntica,

⁴⁴ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas...Opus cit.*, pp. 963.

⁴⁵ DEL ROSAL, J. *Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII*, artículo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1943, pp. 614 y ss.

⁴⁶ DEL ROSAL, J. *Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII...Opus cit.*, pp. 622 y 623. El precepto dice así: “<<Adulterio es grave delito, y cométese, cuando mujer casada tiene acceso con hombre soltero, o casado, y cuando hombre casado tiene acceso con mujer casada, o soltera, ora el tal matrimonio sea verdadero, o putativo, y reputado por verdadero>><<Mas por derecho nuevo del Reyno, la pena de los adúlteros es que ambos sean entregados en poder del marido, para que de ellos haga lo que quisiere, o matarlos o perdonarlos>> (Folio 7).”

tiene su origen en el Código Penal de 1848, pero no todos los Códigos han mantenido esta redacción si analizamos uno por uno los distintos textos penales publicados durante el periodo denominado de Codificación.

En este periodo codificador se aprobaron un total de ocho Códigos Penales, sin contar el actual, muchos de ellos para ser adaptados al texto constitucional vigente en ese momento, ya que desde el Estatuto de Bayona, y la llamada “Pepa”, es decir la Constitución de Cádiz de 1812, en España se han aprobado un total de ocho Constituciones, sin contar la actual de 1978 y la “no data” de 1856. Es habitual que con la aprobación de una nueva Constitución se reforme el texto penal con la finalidad de adaptar sus preceptos a la nueva Carta Magna.

Haciendo un recorrido por las distintas Constituciones, no hemos encontrado ninguna referencia a la eximente analizada en este trabajo, pero en mi opinión no es extraño que eso ocurra, ya que tampoco hay ninguna referencia a las circunstancias eximentes en la C.E. de 1978. Normalmente los textos constitucionales se ocupan de fijar los principios generales del derecho así como la protección de derechos fundamentales, que son de aplicación en todas las normas jurídicas, incluida la penal, pero no se ocupan de aspectos concretos de articulación de los Códigos Penales.

4.2.- Análisis de los Códigos Penales

El primer Código Penal español es el de 1822, si bien anteriormente se produjo un primer germen codificador con el Plan de Código Criminal de 1787.⁴⁷

Este intento de conformar un texto con leyes únicamente penales es compartido por los distintos monarcas “*ilustrados*”, que en España se concreta en la figura de Carlos III.

⁴⁷ CASABÓ RUIZ, J.R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1969, pp. 313 y ss. Según el autor, esta obra recibió una gran influencia de otra publicada en España en 1787 por Filangieri, cuyo título es *Ciencias de la Legislación*, que sirve de modelo para dicho Plan., vid. p. 331.

Así, el monarca español encarga a la Junta de Legislación la redacción de un texto que recoja únicamente leyes de tipo penal, que se materializa en el Plan de 1787, pero que sin embargo no llegó a prosperar debido en gran parte al triunfo de la Revolución Francesa de 1789, hecho que como dice CASABÓ “supuso un freno para todas las reformas ilustradas emprendidas en España.”⁴⁸

En este primer atisbo de Código Penal no existe ninguna referencia clara a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, tendencia que se mantendrá en el primer Código Penal español de 1822, en donde, como se verá, tampoco se recoge esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

4.2.1.- El Código Penal de 1822.

El Código Penal de 1822 es el primer Código Penal español, aunque hay quien asegura que realmente nunca tuvo vigencia y seguían utilizándose las leyes contenidas en la Novísima Recopilación.⁴⁹

Tiene una estructura con influencias del Código Penal francés de 1810 (a partir del de 1848 cambiará y la mantendrá hasta hoy), recoge algunos conceptos penales anteriores, y utiliza con abundancia su aplicación al caso concreto y un lenguaje que algunos autores califican de “*más artístico que jurídico*”.⁵⁰

⁴⁸ CASABÓ RUIZ, J.R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”... *Opus cit.*, p. 329.

⁴⁹ CASABÓ RUIZ, J.R., “La aplicación del Código Penal de 1822”, en *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1979, pp. 333 y ss. El autor se hace eco de las dudas suscitadas en la doctrina de la época que tachaban al Código Penal de 1822 de que nunca llegó a aplicarse. CASABÓ demuestra en este artículo que sus preceptos fueron claramente aplicados, desechando la teoría de esos autores.

⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles*. Editorial Akal. Madrid, 1987, p. 12.

Pese a esta característica tiene de mérito, como dice ANTÓN ONECA, que *“fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración.”*⁵¹

Según se extrae de los diarios de sesiones de la elaboración del Código Penal, los autores que en mayor medida influyen en la redacción del texto son Bentham, Filangieri y Bexon⁵², entre otros, sin bien con claro predominio del primero, pese a que como se verá más adelante Bentham llegó a criticar muy duramente el texto definitivo.

En esta obra no se regula de forma general la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, pero tampoco fue reclamada su inserción por la Universidad de Granada, que el 16 de agosto de 1821 aprobó un informe sobre el Proyecto de Código Penal que las Cortes le habían remitido.⁵³

Pero si bien no se recoge de forma expresa la eximente objeto de estudio, sí que se regulan casos concretos de ejercicio legítimo de un derecho aplicables a figuras delictivas particulares, especialmente en el delito de homicidio. Esta forma de regular las causas de exclusión de la responsabilidad, consistentes en situarlas junto al tipo penal correspondiente y no como causa general de exclusión, proviene de fórmulas anteriores procedentes de las Partidas y Novísima Recopilación, como se verá.

ANTÓN ONECA, lo confirma en sus artículos, y así dice que *“se trata de un Código nuevo, no de la recopilación de las leyes existentes en que se pensaba en la época de Carlos III. Pero indudablemente se tuvieron éstas a la vista e influyeron en numerosos pasajes.”*⁵⁴

⁵¹ ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal en 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1965, pp. 263 y ss.

⁵² *Diario de las Actas....Opus cit.*, p. 211. El diputado Calatrava expresa claramente estas influencias.

⁵³ SAINZ CANTERO, J. A. “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”. *Revista ADPCP*, Madrid, 1967, pp. 509 y ss.

⁵⁴ ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal en 1822”... *Opus cit.*, p. 270.

Los artículos 621 y 624 del C.P. de 1822 ⁵⁵, establecen lo siguiente:

Art. 621: “No estará sujeto á pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes[...]Segundo: en el de rechazar al agresor injusto que de noche invade violentamente ó trata de incendiar casa, habitación ó heredad, ó rompe puertas, ó escala pared ó cerca. Tercero: en el de defender su casa, su familia y su propiedad, contra el salteador, ladrón u otro agresor injusto, que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir, ó hacer algún daño a las personas, aunque sea de día, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Cuarto: en el de defender la libertad propia ó la de otra persona contra el que injusta y violentamente trata de quitársela, arrebatando al homicida, ó a la persona que este defienda, ó haciéndoles otra fuerza material en sus cuerpos, siempre que no haya otro medio de impedirlo...”

De la lectura de este precepto se puede ver que está exento de responsabilidad criminal el que mata a ladrón que penetra violentamente en una casa o heredad, o intenta incendiarla, o rompe alguno de sus elementos para entrar en ella. Igualmente está exento el que en el mismo caso deba defender su casa o su propiedad. A la vista de esta redacción podemos atisbar ciertos parecidos entre este precepto y el actual ejercicio legítimo de un derecho, ya que no impone una obligación de matar sino simplemente la facultad de matar en los casos que expresamente se determinan en el artículo. Se tiene derecho a matar en estos casos, al ser reconocido en la propia ley, pero a diferencia de lo que sucede en el ejercicio de la legítima defensa, aquí no hace falta una agresión o ataque a la vida, sino simplemente a la propiedad, circunstancia que diferencia ambas situaciones.

Esta redacción guarda una estrecha relación con preceptos similares del Fuero Juzgo⁵⁶, y de la Novísima Recopilación⁵⁷, observándose claramente la

⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 140-141.

influencia que estos textos anteriores a la Codificación todavía tienen en el Código Penal de 1822.

El resto de casos hacen referencia a lo que hoy entendemos por legítima defensa, ya que se alude a “defender a su familia” o defenderse de los golpes sufridos, pero entendidos como ataque a la vida.

En relación a estos apartados transcritos del artículo 621 del C.P. de 1822, los parlamentarios que lo discutieron en la Comisión estuvieron de acuerdo en todos sus términos, y únicamente propusieron enmiendas al primer apartado referido a la legítima defensa de un extraño.

Del mismo modo el artículo 624 establece:

Art. 624: *”Los que cometan un homicidio por deseo de precaver ó impedir un delito grave que en acto mismo del homicidio se esté cometiendo, o se vaya á cometer contra la causa pública, ó por el de sujetar en el propio acto á un facineroso conocido, ó al que acabe de cometer un robo, un homicidio o cualquiera otro delito grave, y vaya huyendo, y no quiera detenerse, no sufrirán pena alguna en el caso de que á juicio de los jueces de hecho resulte que no hubo mas que zelo en la acción, que la requirió la gravedad y trascendencia del delito, y que no hubo otro medio para precaverlo ó impedir la fuga del delincuente...”*

Nuevamente nos encontramos con la posibilidad de matar al que acabe de cometer un delito grave (entre los que cita el robo y el homicidio), y no quiera detenerse en su huida, siempre que exista *proporcionalidad* en dicha

⁵⁶Ley 15, Título 3, Libro 7 del Fuero Juzgo que dice: “*Si algún omne mata el ladrón [...] assi cuemo del que furta de noche.*” e igualmente lo establecido en la Ley 15, Título 3, Libro 7, también del Fuero Juzgo, que dice: “*Si algún omne mata el ladrón que anda de noche. El ladrón que furta de noche [...] si alguno lo matare, non debe seer tenuto de pechar del omecililo.*”

⁵⁷La Ley 1, Título 21, Libro 12 de la Novísima Recopilación establece que “*Pena del homicida voluntario; y casos en que se excusa de ella el que mate á otro.*”, pasando a continuación a relacionar dichos casos, uno de los cuales reza así: “*si matare ladrón que hallare de noche en su casa, hurtando ó foradándola; ó si le hallare con el furto huyendo, y no se quisiere dar á prision; ó si lo hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiere dexar [...]*”

muerte, al no haberse podido realizar de otra forma menos lesiva. Se alude a un aspecto novedoso como es el de la muerte del trasgresor que huye siempre que exista proporcionalidad, cuestión que como veremos más adelante seguirá siendo tratada por la doctrina y la jurisprudencia durante mucho tiempo ya que puede considerarse una de las posibles actuaciones que se pueden presentar a los miembros de las FCS.

También es causa legítima para cometer homicidio la detención de un *“facineroso conocido”*, es decir de un delincuente habitual, siempre que éste no se deje arrestar. Al igual que en el caso anterior nos encontramos con el ejercicio del derecho de matar, y en ambos casos dicho ejercicio sería legítimo por cuanto la fuente legitimadora es la propia ley, ya que es el Código Penal quien lo establece.

También podemos apreciar vestigios de normas anteriores en este artículo 624, como por ejemplo en la Novísima Recopilación ⁵⁸

Con respecto a este precepto (art. 624), sí que se produjeron varias preguntas en torno a su redacción. Así a las preguntas del señor Romero Alpuente, el portavoz de la comisión Sr. Calatrava explica: *“no se trata de autorizar un homicidio como imposición de castigo, ni de declarar tampoco que deba hacerse, ni menos de mandar que se haga, sino de eximirle de pena en un caso en que la comisión cree que hay un estímulo bastante poderoso para cometerle, ó una excepción suficiente para disculparle, por las mismas reglas que se han seguido para eximir ó rebajar la pena á otros que se cometen por estímulos semejantes ó con iguales motivos de excusa.”*

El legislador fundamenta la excusa prevista en este artículo, al igual que en los vistos anteriormente, en que el sujeto actúa bajo estado de arrebató, ante estímulos poderosos surgidos de la situación delictiva del asaltante.

⁵⁸ La Ley 1, Título 17, Libro 12, de la Novísima Recopilación establece: *“por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos; y permitimos, que cualquier persona, de cualquier estado y condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna.”*

Lo que está claro es que estos preceptos se configuran como verdaderas causas de exclusión de la responsabilidad criminal, al ser planteados como derechos que los particulares pueden ejercer.

Igualmente, en los artículos 655 y 656⁵⁹ se aplican las mismas reglas de exclusión vistas para el homicida y homicidio voluntario, pero en esta ocasión para quien hiera o maltrate de obra.

Artículo 655: “Esceptúanse de las disposiciones de este capítulo los que hieran ó maltraten de obra á otro en los casos que eximen de toda responsabilidad al homicida.”

Resulta evidente que si se exime de responsabilidad al que mata en determinadas situaciones, también se debe eximir al que hiere en los mismos casos, ya que el resultado es menos gravoso.

Artículo 656: “También se exceptúan los que, aunque sea voluntariamente y con intención de hacer daño, hieran ó maltraten de obra á otro en los casos que eximen de la pena del homicidio voluntario, según los artículos 619, 620, 622, 623 y 624...”

Se vuelve a repetir esta exención por las mismas causas del homicidio, aunque en este caso es el propio precepto el que remite a los artículos 619, 620, 622, 623 y 624, para concretar dichas causas, por lo que se hace necesario reproducir aquí estos artículos⁶⁰, - los que todavía no lo han sido-, porque resultan de interés para el estudio que estamos realizando.

Los artículos 655 y 656, fueron aprobados sin discusión en la comisión, ya que los parlamentarios los consideraron acordes a sus postulados.

⁵⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 147-148.

⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 140-141.

Así el artículo 619 dice:

“El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta ó descendiente en línea recta, ó en la de su muger, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, ó el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto [...] Si la sorpresa no fuese en acto carnal sino en otro deshonesto y preparatorio del primero, será la pena de [...]”

Igualmente el artículo 620 establece:

“El que incurra en igual delito con respecto á una hermana suya, ó a su nuera ó entenada, ó al que encuentre yaciendo ó en acto deshonesto con alguna de ellas, sufrirá [...]”

Efectivamente en los artículos anteriores se establece una pena para el padre, abuelo, ascendiente, marido o hermano que cometa delito de homicidio contra el hombre que yace con la hija, nieta, descendiente, mujer o hermana adúltera, pero es importante destacar que la redacción de este precepto es muy parecida a la establecida en las Leyes 13 y 14 del Título 17, de la Partida VII, y a la Ley 1, Título 21, Libro 12 de la Novísima Recopilación, por lo que se puede apreciar claramente su influencia en la redacción de este artículo.

En esta ocasión la pena señalada es la de arresto y destierro. Por ello, al no estar exento de responsabilidad criminal, no debería en principio ser examinado, ya que queda fuera del ámbito de estudio de este trabajo. La importancia de este artículo radica en que este precepto, desde sus primeras manifestaciones en el Código de Hammurabi, nace exento de pena, y aunque en el texto de 1822 se le impone castigo, su redacción o mejor dicho su espíritu es el mismo que en la antigüedad. Es importante también el debate que, en sede parlamentaria, originó este precepto por cuanto algunos de los parlamentarios exigieron que el acto del padre o del marido, consistente en matar a la mujer adúltera y a su acompañante, estuviese exento de cualquier

responsabilidad criminal, exigencia que como hemos visto no fue concedida por el legislador.⁶¹

Es interesante observar los pronunciamientos de los parlamentarios, que quedaron plasmados en las Actas de las sesiones de debate⁶², y así el Sr. Calatrava, uno de los redactores del proyecto, dice que *“la pena que se propone cuando la sorpresa es en acto carnal es solo un arresto de seis meses á dos años con dos á seis de destierro.”*

Conviene llamar la atención aquí sobre el uso de la palabra *“solo”*, ya que, como se verá, los propios redactores del proyecto consideraban que para la gravedad de los hechos la pena era exigua.

El **fundamento** de este precepto radica en la sorpresa con que el padre, abuelo, marido o hermano descubren a la mujer adúltera, y el arrebató que esa sorpresa produce, por lo que en caso de que no se cometa la muerte en ese mismo momento se aplicarán las penas ordinarias del homicidio. La propia Comisión dijo que *“no cree compatible con los principios de nuestra santa religión, ni con los de las instituciones civiles que nos rigen, el que se tenga por absolutamente inocente esa acción en que se constituye juez y verdugo el ofendido, y en que se lleva á tal exceso la venganza; mas considerándola muy disculpable señala una pena tan leve como ven las Córtes”*. El propio legislador considera *“muy disculpable”* esta venganza.

Otros intervinientes consideraban la pena desproporcionada, así el Sr. Cerepo que hizo mención en la discusión parlamentaria al artículo del Código Penal que dispensa de pena al que cometa una acción indeliberadamente, aduciendo que el marido que comete este acto en el momento de sorprender a su mujer en acto carnal con otro hombre, se sitúa fuera de sí que le hacen merecedor de exención de pena.

⁶¹ Entre los que exigían esta exención total se encuentra el colegio de Abogados de Granada, que junto a otros hizo llegar un informe acerca del texto.

⁶² *Diario de Actas y Discusiones del C.P. de 1822... Opus cit.*, pp. 363 y ss.

Por lo que se refiere al fundamento de la pena de destierro, que como se verá permanecerá inalterada a lo largo de los años en los distintos textos penales, el legislador es muy claro: *“el destierro parece aquí indispensable, así por el escándalo, como para evitar que no se venguen en el reo los parientes de la persona á quien haya dado la muerte.”*

Por su parte, el artículo 622, regula un caso con influencias de normas anteriores:

“El que cometa un homicidio en el acto de rechazar al agresor injusto que de día invade violentamente, o trata de asaltar casa, habitación o heredad, ó rompe puerta, ó escala pared ó cerca, bien sea del homicida, bien de otra persona que le interese, fuera de los casos exceptuados en el artículo 621 [...] sufrirá una reclusión [...]”

Este artículo es subsidiario del ya comentado artículo 621, por cuanto fuera de los casos contenidos en aquél será operativo el que ahora hemos reproducido. Así las cosas, es válido el mismo comentario realizado sobre el precepto al que remite, en tanto en cuanto se observa una clara relación con el contenido de algunas leyes del Fuero Juzgo y Novísima Recopilación.

En suma, se puede ver que este Código Penal de 1822, en lo que se refiere a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, prosigue con la misma estructuración que la normativa anterior a la Codificación. Y esto mismo ocurre con otras figuras.

Citando un ejemplo, el artículo 21 del C.P. de 1822, exime de responsabilidad al que cometa un delito forzado *“por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer”*.

Así el tenor literal del artículo 21 del C.P. de 1822 es el siguiente:

“En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar. Compréndanse en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar.”

Esta eximente viene posteriormente matizada por el artículo 216, haciéndola inservible en caso de que la orden conlleve la comisión de un delito de los previstos en el mismo capítulo.⁶³

Art. 216: “Nadie está obligado á obedecer las órdenes de cualquiera autoridad que sea para ejecutar alguno ó algunos de los actos prohibidos en este capítulo. Si alguno los ejecutare, sufrirá respectivamente las penas impuestas, sin que le sirva de disculpa orden que haya recibido.”

Pero posteriormente, el artículo 605 establece la misma causa de exclusión, es decir, por orden legítima, en esta ocasión aplicada al caso concreto del homicidio, tal y como se puede leer:

Art. 605: “Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación, y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte...”

Hay que recordar que entre las penas que el Código Penal de 1822 recoge se halla la pena capital,⁶⁴ por lo que en los casos en que una persona

⁶³ El capítulo al que se refiere es el Capítulo I, del Título I, del Libro Primero del Código Penal de 1822, que lleva por título *“De los delitos contra la libertad de la Nación.”*

⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 21. El Código Penal de 1822 recoge la pena de muerte en el artículo 28, cuyo tenor literal es: *“A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. Penas corporales. Primera. La de muerte. Segunda. La de trabajos perpétuos. [...]”*

sea condenada por un delito de los que llevan aparejada dicha pena de muerte,⁶⁵ la persona que cumple con la orden de autoridad legítima de provocar dicha muerte estará exento de pena.

Este caso concreto puede asimilarse al cumplimiento de un deber, ya que: *“El mal que á otro se causa, cuando constituye una pena legal, en su sentido propio, lejos de significar un hecho punible, lleva en sí la aprobación de la conciencia pública, y su imposición y ejecución responden á la conveniencia social, que de ambas nace.”*⁶⁶

Estas mismas formulaciones podían observarse en otras normas anteriores, que recogían la pena de muerte como posible castigo del autor de un delito, o infracción de una ley o norma. No debe olvidarse que también los códigos Penales desde 1822 hasta 1978, en que se aprueba la Constitución Española, recogían la pena de muerte entre su articulado.

Hay que decir también, que algunos autores han criticado la solvencia y la labor de los diputados encargados de la redacción del texto, y así ANTÓN ONECA, en relación a los debates afirma: *“No fueron de gran altura porque el saber de los diputados en la ciencia juridicopenal, entonces naciente, no era mucho; pero sorprende a veces encontrar, entre las ineptias y palabrería superflua propias de toda asamblea deliberante numerosa –donde quienes más hablan son por regla general lo más audaces y creídos, no los más competentes –notables aciertos.”*⁶⁷

Este autor cita la opinión de ALCALÁ GALIANO, miembro de las Cortes de 1822, que califica el texto de *“medianamente largo y de poco valor”*.

⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles... Opus cit.*, pp. 54 y ss. Algunos de los delitos que lleva como consecuencia jurídica la pena de muerte son los correspondientes al Capítulo I, Título I, de la Parte Primera, referidos a los *“Delitos contra la libertad de la Nación”*, con los números 188 a 191; del Capítulo II, *“De los Delitos contra el Rey, la Reina o el Príncipe Heredero”*, los artículos 219, 221 a 225, así como otros delitos del mismo texto.

⁶⁶ AZCUTIA, M. *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*. Madrid, 1876, p. 150.

⁶⁷ ANTÓN ONECA, J. *Historia del Código Penal en 1822... Opus cit.*, p. 271.

Incluso Jeremías Bentham criticó duramente el texto de 1822, lo que se puede comprobar en sus cartas al Conde de Toreno, sobre el proyecto de Código penal presentado a las cortes en 1821, donde llega a decir cosas como *“en igualdad de conocimientos debe ser preferido un extranjero a un nacional para formar el plan de un Código.”*⁶⁸

No obstante, también recibió alabanzas, y así PACHECO manifestó que *“El Código de 1822 es un código científico. La ciencia del Derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones.”* Igualmente Silvela, opinó del Código que *“seguramente no inferior a los existentes en su tiempo y quizás superior en algunos puntos al actual”*⁶⁹

Otra causa de exclusión de la responsabilidad la encontramos en el artículo 706 del C.P. de 1822, referida al delito de injurias, que excusa de reproche penal al padre, o ascendiente en línea recta, o amo, maestro, tutor, jefes, superiores y autoridades legítimas, que a sus hijos o subordinados, que reprendan o tachen de los delitos, culpas, faltas o vicios, eso sí sin exceso en dichas injurias, y siempre que no constituyan calumnias.

Si las injurias constituyen delito conforme al artículo 703 del texto de 1822, proferir una injuria a un hijo o a un subordinado debería considerarse igualmente una infracción penal, que al quedar dispensada por el artículo 706, se configura con una verdadera causa de exclusión de la responsabilidad, al ejercerse el derecho reconocido en el propio Código.

A la vista de esta situación podemos extraer una **conclusión** clara, y es que el Código Penal de 1822, con relación a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de oficio o cargo, mantiene las mismas estructuras anteriores al proceso codificador, es decir, establece la

⁶⁸ *Cartas de Jeremías Bentham al señor conde de Toreno sobre el proyecto de Código Penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1821. Véanse referencias en ANTÓN ONECA, J. *“Historia del Código Penal en 1822”*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1965, pp. 333 y ss.

⁶⁹ Ambas transcripciones han sido tomadas de ANTÓN ONECA, José. *Historia del Código Penal en 1822... Opus cit.*, p. 276.

causa de exclusión junto a la figura delictiva concreta, y no como fórmula de aplicación general. Como se verá, esta estructura será revisada en los Proyectos de Código Criminal existentes entre la aprobación de los Códigos penales de 1822 y 1848, y tendrán influencia en la versión definitiva del Código Penal de 1848, que ya contendrá un artículo específico para regular las causas que eximen de responsabilidad criminal, que en este caso será el artículo 8º del C.P 1848.

4.2.2.- Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834.

En el periodo comprendido entre la aprobación del primer código Penal de 1822, y el segundo de 1848, se sucedieron una serie de Proyectos y Anteproyectos de Código Criminal que, si bien no llegaron a prosperar, conviene que los analicemos en su parte correspondiente, debido a que existen, en alguno de ellos, referencias a la figura que se estudia en el presente trabajo.

-Proyecto de Código Criminal de 1830:

El primero de los proyectos es el de 1830, publicado el día 7 de mayo de 1830, después de ser redactado por la Junta formada por Esteban Asta, Ramón López Pelegrín, Joaquín Fernández Company y Pedro Sainz de Andino, si bien como hemos dicho no llegó a aprobarse.⁷⁰

En este proyecto no se hace mención ninguna a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, ni como causa general ni expresada junto a la figura delictiva concreta, que como se ha visto sí que se producía en el Código Penal de 1822.

En el apartado correspondiente al análisis del Código Penal de 1822, pudimos comprobar que existían algunas referencias en los artículos 621 y 624 del texto penal de 1822, que a su vez procedían de redacciones anteriores

⁷⁰ Véase CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1830*. Murcia, 1978.

como las leyes de Partida que permitían cometer homicidio en determinados casos.

Así, el artículo 621 CP 1822 permitía matar al invasor violento de la casa, al que la incendiaba, o rompía puertas o escala o pared para penetrar en ella. Por su parte el artículo 624 CP 1822 contemplaba la posibilidad de cometer homicidio para impedir un delito grave o por sujetar al facineroso, o al ladrón o al fugado que no quisiera detenerse, etc.

Todos estos supuestos que se configuraban como causas de exclusión de la responsabilidad criminal debido a que se ejercitaba un derecho reconocido en la ley, se suprimen de la redacción del Proyecto de Código Criminal de 1830. Tal y como expresa CASABÓ en el estudio preliminar de dicho proyecto, estas causas vistas con anterioridad en los artículos 621 y 624 del CP 1822 se reconducen hacia la legítima defensa.

La redacción del artículo 19 del proyecto efectuada por LÓPEZ PELEGRÍN, establece que *“Ninguno debe tomarse la justicia por su mano, sino es en el conflicto de la defensa de su vida, o si fuese asaltada su habitación.”* Esta redacción que a primera vista podría refundir las mismas ideas expuestas anteriormente, y que permitían matar al ladrón, son interpretadas por el propio CASABÓ en los siguientes términos:

“De la redacción sugerida por López Pelegrín, se desprende que permite la legítima defensa de la vida y de la morada, con lo que da a entender que la expresión <<tomarse la justicia por su mano>> se refiere al ataque a la vida del agresor.”⁷¹

El resto de eximentes del C.P. 1822 son mantenidas a excepción de la de obediencia debida que es suprimida de dicho proyecto.

⁷¹ CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código Criminal de 1830 de Sainz de Andino*, p. 16.

Igualmente y en lo referente al ejercicio legítimo del derecho que asiste al marido que sorprende a su mujer adúltera, de nuevo LÓPEZ PELEGRÍN, redactor del Proyecto, pregunta a la Comisión por la causa de exclusión de la responsabilidad criminal sobre *“la potestad dada por las leyes de Partida a los maridos para matar a los adúlteros aprendidos infraganti. Resolvió la comisión que no se autorizase legalmente al cónyuge inocente para matar a los adúlteros aunque los prenda infraganti.”*⁷²

Finalmente, la redacción del artículo 334 del Proyecto de 1830, que regulaba esta cuestión, quedó como sigue:

*“Art. 334.- El marido que aprendiendo a su mujer en el acto de adulterar, la matare o al cómplice, será condenado a seis años de deportación; y si les causase a los dos o al uno de ellos herida u otro daño grave corporal, se le condenará a dos años de destierro.”*⁷³

Como ya se ha visto, el Código Penal de 1822 regulaba el adulterio en los artículos 619 y 620, con una redacción muy parecida a la establecida en el Fuero Juzgo y Novísima Recopilación, aunque en el caso del texto codificado regulado como un tipo penal no exento de pena.

En el mismo sentido que el artículo estudiado anteriormente, podemos fijarnos en el artículo 171 del proyecto, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Los padres y abuelos, no injurian a sus hijos ni a sus nietos, ni los superiores a sus súbditos reprendiéndoles o castigándolos en el orden de una disciplina regular por sus vicios o defectos.”

Cabría preguntarse sobre el alcance de dichas injurias.

También el artículo 173, dice: *“En las acciones y defensas judiciales no es injuria el alegar y probar lo que es propio e indispensable de la naturaleza*

⁷² CASABÓ RUIZ, J.R. El *proyecto de Código Criminal de 1830... Opus cit.*, p. 46.

⁷³ CASABÓ RUIZ, J.R. El *proyecto de Código Criminal de 1830... Opus cit.*, p. 104.

de la acción y defensa, pero fuera de este límite se considerará como injuria grave o leve lo que se escriba contra el honor y buen nombre de otro y se castigará al letrado que firme el escrito o lo dijere en estrados, y si éste no lo hiciese, a la parte o procurador que lo suscriba, con las penas, respectivamente determinadas en este Título.”

A la vista de lo expuesto, lo que parece claro es que ésta es una de las causas admitidas dentro del supuesto de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como ocurría con el artículo 706 del Código Penal de 1822.

-Proyecto de Código Criminal de 1831:

Por Real Orden de 23 de mayo de 1830, se encargó este proyecto al jurista Sainz de Andino, que fue presentado el día 25 de mayo de 1831, como un texto nuevo, y no como una revisión del de 1830, tal y como había encargado la Junta que redactó el anterior.

Tal y como dice CASABÓ ⁷⁴, este proyecto constituye el nexo de unión entre el Código Penal de 1822 y 1848, aunque también matiza que no se sabe con certeza hasta qué punto se tuvo en cuenta para la redacción del Código de 1848.

Efectivamente, se puede considerar este proyecto de 1831 como **base del actual artículo 20.7**, ya que aparece por primera vez con claridad, la exigente estudiada, cuya redacción es muy similar a la actual, y la cual está ubicada en el Título I, “*De la calificación del delito*”, y cuya redacción es la siguiente:

⁷⁴ CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código Criminal de 1831...Opus cit.*, p. 3. En su estudio preliminar dice que “*El interés del proyecto no reside en su originalidad, pues en muchas ocasiones sigue de modo más o menos disimulado al Código Penal de 1822, sino en el hecho de que parece constituir el eslabón que une muchas disposiciones de este Código con el de 1848. No se poseen datos suficientes para afirmar que el Código de 1848 tuviese m en cuenta el proyecto de Andino, pero no puede negarse la existencia de indicios que periten abrigar esta sospecha.*”

-Art. 16: *“En los actos que proceden del cumplimiento de un deber impuesto por la ley, o del ejercicio de un derecho que ésta concede, no cabe imputación de delito, siempre que no haya exceso en la ejecución aunque de ello resulte algún daño.”*

Se puede comprobar que es en este proyecto de 1831 donde aparece por primera vez la causa de exclusión de *“cumplimiento de un deber impuesto por la ley”*, y continúa con la de *“ejercicio de un derecho que ésta concede”*.

Por lo tanto, sí que se aprecia en este proyecto una influencia clara en el Código de 1848 por cuanto será este Código Penal el primero que recoja en su artículo 8.11º la eximente de ***“obrar en cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho”***, añadiendo a continuación las palabras ***“autoridad, oficio o cargo”***, que no figuraban en la redacción del proyecto.

Pero además este proyecto contiene algunos preceptos⁷⁵ que son importantes para este trabajo:

“Art. 784.- El homicidio es legítimo cuando su ejecución procede del cumplimiento o aplicación de una ley y es ordenada por la autoridad pública que sea competente, conforme a las disposiciones de las mismas leyes.”

Este artículo, que en un principio podría parecer que permite el homicidio en el cumplimiento de un deber, hay que tener en cuenta que simplemente está permitiendo ejecutar la pena capital, contemplada por la ley en esta época.

Tal y como dice CASABÓ, el proyecto *“establece los supuestos en que el homicidio está exento de responsabilidad, a saber: cando es en cumplimiento de la ley, en legítima defensa y en virtud del caso fortuito. Todos los demás son dolosos o culposos.”*⁷⁶

⁷⁵ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, pp. 188-189.

⁷⁶ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, pp. 21.

Por su parte, el artículo 785 establece:

“Art. 785.- El homicidio necesario que procede de la violencia o de la defensa de la persona, bienes o domicilio del matador, guardándose las reglas y medidas que en este caso prescriben las leyes, no tiene el concepto de delito con arreglo a la disposición general del artículo 5º.”⁷⁷

Cabe destacar, pues, que aparece de nuevo la eximente de legítima defensa, que permite el homicidio para defender la vida, pero también la defensa de bienes y domicilio.

Hay que decir que la interpretación de este artículo nos conduce a la misma conclusión establecida para la redacción del Código Penal de 1822, tal y como expresa CASABÓ al decir: *“no cabe la menor duda de que el proyecto, al limitar los objetos de protección, está pensando en la defensa que comporta un daño o riesgo para la vida o integridad física del agresor [creo que en este punto existe un error tipográfico y se refiere al agredido]. De ahí que expresamente se excluya la defensa de la propiedad inmueble, de la reputación, o frente a amenazas por graves que sean”⁷⁸*

Además, el artículo 9º del mismo proyecto establece los requisitos para que la defensa sea legítima en cualesquiera de los casos previstos (persona, bienes o domicilio), ya que es necesario *“no causar mayor daño a su agresor que el que sea suficiente para repeler su agresión y salvarse del peligro que amenace su persona, sus bienes o su domicilio.”*

“Art. 786.- Tampoco se considera delito el homicidio a que sea aplicable la disposición del artículo 3º.”

⁷⁷ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, p. 31. El artículo 5º por su parte establece que *“Tampoco hay delito en los actos u omisiones que aunque causen daño proceden: De la defensa legítima de la persona, de los bienes o del domicilio contra una agresión ilegal. [...]”*

⁷⁸ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, p. 9.

Recordemos que el artículo 3º del proyecto establece que *“Los actos que sin ser prohibidos ocasionen fortuitamente algún daño o perjuicio que no se haya podido prever ni evitar, no son materia de delito.”*

En este proyecto también se castiga al marido que sorprendiendo a su mujer adúltera la mate a ésta o al hombre que yace con ella, pero es significativo que la redacción es muy similar a las anteriores.⁷⁹

Sin embargo, existe en este precepto una diferencia, y es que impone las causas en que el marido pierde el beneficio de la pena atenuada de matar a la mujer o a la hija, las cuales quedan determinadas en el artículo siguiente. Así el artículo 826, establece que no será de aplicación el artículo anterior (uxoricidio por adulterio), cuando el matador (marido, abuelo o hermano), hayan permitido el acceso carnal, en cuyo caso se enfrentarán a la pena ordinaria del homicidio impuesta en el artículo 818.

También recoge este texto en su artículo 996, las amonestaciones que ascendientes, tutores, curadores maestros amos o jefes, infrinjan a sus descendientes, pupilos, subordinados, etc, las cuales dice el precepto que no constituyen injurias.⁸⁰ Por lo que respecta a las manifestaciones realizadas por los letrados en estrictos términos de defensa impone el proyecto en su artículo 1000 que *“se observará una prudente circunspección sin traspasar los límites de los que sea necesario y conducente para aquella.”*

Nuevamente nos encontramos en este Proyecto de 1831, las injurias exentas de responsabilidad, cuando son proferidas por el padre, maestro, etc, o

⁷⁹ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, p. 196. El artículo 825 de este texto establece que: *“El que sorprendiendo in fraganti a su mujer en adulterio, o en coito carnal reprobado, a su hija legítima o natural, a su descendiente legítima o a su hermana, la quitarle la vida sugrirá la pena de dos a cuatro años de reclusión. La muerte en este caso de la persona con quien estuviere yaciendo la mujer que agravié al matador, se castigará conforme a la disposición del párrafo 2º del artículo 823.”* Este párrafo impone un apena de 8 a 12 años de trabajos públicos en presidios o arsenales.

⁸⁰ CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Criminal de 1831... Opus cit.*, p. 227. El artículo 996 expresa: *“No tendrán el concepto de injurias las reprensiones y amonestaciones que hagan los ascendientes a sus descendientes, los tutores y curadores a sus pupilos y menores, los maestros a sus discípulos, los amos a sus criados, y todo jefe a sus súbditos y dependientes.”*

son realizadas en el ejercicio de la defensa judicial. La redacción no varía el contenido que es similar a los anteriores.

-Proyecto de Código Criminal de 1834:

Por Real Orden de 24 de junio de 1832, se crea una Junta con la finalidad de examinar el anterior Proyecto de Código Criminal de 1831, presentado por Sainz de Andino. Después de numerosas reuniones, la Junta emitió un informe desfavorable por lo que se creó una nueva Junta por Real Orden de 9 de mayo de 1833, que únicamente modificó algunas cuestiones del Proyecto de 1830 y lo presentó como uno nuevo en 1834.⁸¹

Podemos ver a continuación de qué forma se discutió el artículo 16 del Proyecto de 1831, donde se recogía la eximente objeto de este trabajo y de qué forma resultó finalmente su redacción.

La Consulta o Dictamen de la Junta de 1832⁸² acuerda la supresión del artículo 16 previsto en el Proyecto de 1831, que por primera vez recogía dos de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal que estamos estudiando y que son:

-“Cumplimiento de un deber impuesto por la ley.”

-“Ejercicio de un derecho que la ley concede.”

Además, estas causas de exclusión necesitan de un requisito expresado en el mismo artículo 16 *in fine*, que es “*siempre que no haya exceso en la ejecución aunque de ello resulte algún daño.*”

⁸¹ CASABÓ RUIZ, J.R. *Proyecto de Código Criminal de 1834... Opus cit.*, p. 7. En este sentido, afirma este autor en su estudio preliminar al Proyecto de Código Penal de 1834, que “*El proyecto de 1834 es el de 1830 con leves retoques que no afectan en manera alguna a sus principios informadores.*”

⁸² La segunda Junta de Código Criminal nombrada por R.O. de 16 de junio de 1831 para revisar el proyecto de Sainz de Andino y sobre el proyecto de la 1ª Junta en 1830, realizó un Dictamen para Su Majestad

Los motivos expresados por la Junta para dicha supresión son los siguientes: *“Que cuando se procede al cumplimiento de un deber impuesto por la Ley, o cuando se ejercita un derecho que ésta concede, no cabe imputación de delito aunque de ello resulte algún daño, siempre que no haya exceso en la ejecución, es una verdad tan obvia y tan generalmente conocida, que a la Junta le pareció impertinente y hasta extravagante en cierta manera inscribirla como regla en un código legal. Por esto, y también por el final del artículo 16 del proyecto que la establece, puede muy bien comprenderse en el artículo 3º del mismo, fue acordada la omisión de dicho artículo 16.”*⁸³

Recordemos que la última parte del artículo 16 del Proyecto de Código Criminal de 1831 dice *“siempre que no haya exceso en la ejecución aunque de ello resulte algún daño”*, y el artículo 3º de dicho Proyecto de 1831, establece que: *“Los actos que sin ser prohibidos ocasionan fortuitamente algún daño o perjuicio que no se haya podido prever ni evitar, no son materia de delito.”*

Por lo tanto lo que la Junta intenta decir es que estas causas de exclusión, - cumplimiento de un deber legal y ejercicio de un derecho reconocido en la ley – siempre que se realicen cumplimiento con el requisito de que no haya exceso en la ejecución, son tan obvias y están tan claras, que no hace falta que consten en una regla del Código, ya que quedan absorbidas por los dispuesto en el artículo 3º de dicho texto.

El artículo 332 del proyecto de 1834⁸⁴, ofrece el concepto de *“homicidio necesario”*, el cual define así:

“Art. 332.- El homicidio necesario, que es el que se comete en defensa de la propia vida, bienes o habitación, estará libre de toda pena; pero si no concurren en él las circunstancias designadas en los artículos 17, 18

⁸³ LASSO GAITE, J. F. *Crónica de la Codificación Española*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. VOLUMEN II. Madrid, 1970, p. 356.

⁸⁴ CASABÓ RUIZ, J.R. *Proyecto de Código Criminal de 1834...Opus cit.*, p. 78.

y 19, será castigado el exceso con la pena de la ley, teniendo presentes las circunstancias atenuantes de la propia defensa.”⁸⁵

CASABÓ opina que este precepto está inspirado en el proyecto de Andino de 1831⁸⁶ que, como ya se vio, regulaba el homicidio justo en el artículo 785, y que según pudimos comprobar no se trataba de un caso de ejercicio del derecho sino de legítima defensa, al igual que ocurre ahora.

Efectivamente, más que una causa de exclusión nos encontramos ante una eximente por legítima defensa, ya que si bien al principio habla de defender la habitación, sin que sea conjuntamente con la defensa de la vida, los artículos 17, 18 y 19 dejan bien claro cuáles son esos requisitos.

Al final el proyecto de 1834, siguiendo con la pauta de la redacción del Proyecto de 1830, no regula la figura objeto de estudio, y se limita a reproducir las ya establecidas en el citado proyecto de 1830, tal y como menciona CASABÓ en el estudio premilitar del proyecto, cuando dice *“En este proyecto, a diferencia del de 1830, aparece recogido el caso fortuito en términos rotundos [...] Los demás supuestos de exención y de exclusión de esta, son los mismos que en proyecto de 1830, únicamente respecto de la ignorancia de las leyes, se habla de <<leyes públicas>>, en vez de leyes publicadas.”⁸⁷*

La eximente de obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo será retomada por la Comisión General de Codificación de 1844, que desembocará en la inclusión por primera vez en el Código de 1848.

⁸⁵ Por lo que se refiere al contenido de los artículos 17, 18 y 19 del proyecto su redacción es la siguiente: *“Art.17.- Ninguno tomará la justicia por su mano sino en el conflicto de la defensa de su vida, o si fuere asaltado en su habitación o sus bienes.”* *“Art.18.- Por consiguiente, no hay delito en las transgresiones de la ley que procedan de la defensa legítima de la persona, bienes o habitación contra una agresión injusta.”* *“Art.19.- Se calificará de legítima esta defensa: Primero. Cuando el peligro sea presente y de daño grave. Segundo. Cuando no haya otro medio de evitarla. Tercero. Cuando el mal que se cause no exceda del necesario para librarse del que amenaza.”*

⁸⁶ CASABÓ RUIZ, J.R. *Proyecto de Código Criminal de 1834...Opus cit.*, pp. 11-12.

⁸⁷ CASABÓ RUIZ, J. R. *Proyecto de Código Criminal de 1834...Opus cit.*, p. 12.

Tampoco se recogen en este proyecto preceptos que excluyan de responsabilidad criminal algunos delitos, como por ejemplo matar a la mujer adúltera, o al ladrón. Sí que recoge, sin embargo, el Proyecto las amonestaciones o castigos que los padres, abuelos, y superiores puedan imponer a sus hijos, nietos o súbditos, las cuales considera que no constituyen injurias (art. 424). Del mismo modo considera que quedan fuera del ámbito de la norma penal, las injurias que dentro de la defensa judicial se puedan realizar respetando siempre unos límites (art. 426)

La redacción es muy parecida a la de los Proyectos de 1830 y 1831, por lo que es válido el comentario vertido en dichos epígrafes. Tan solo cabe añadir ahora que el propio CASABÓ, al comentar la redacción que el proyecto de 1834 hace de las injurias, menciona que la Junta encargada de la redacción de dicho capítulo, estaba muy sensibilizada por este tipo de delitos, que consideraba de una extraordinaria gravedad. Esta última conclusión se puede derivar de sus propias palabras cuando dice que *“Nunca será bastante severa la pena contra hombres tan inmorales, que por saciar el furor de su pasión intenten con la invención de un calumnia o de una falsa delación, preparada en las tinieblas de la seducción y de la saña, la ruina y destrucción de una familia honrada y útil al Estado. Los abusos notorios en esta parte han excitado eficazmente el celo de la junta, y en su título ha procurado contenerlos sin contemplación, y ¡ojalá le fuera dado extinguirlos!”*⁸⁸

La **conclusión** que podemos extraer del análisis que hemos realizado del Proyecto de Código Criminal de 1834 es que prosigue la misma tendencia que los textos anteriores, en cuanto a que no regula la figura objeto de estudio y se limita a regular causas de exclusión de la responsabilidad junto a preceptos determinados, recordando viejas formulaciones anteriores a la Codificación.

También se puede destacar que este texto será el último que recoja la eximente de injurias cuando son proferidas por padre, amo, maestro, etc, ya

⁸⁸ CASABÓ RUIZ, J.R. *Proyecto de Código Criminal de 1834... Opus cit.*, p. 32.

que a partir del Código penal de 1848 estas figuras desaparecerán definitivamente de la órbita codificada, tal y como figuraban hasta este momento.

4.2.3.- El Código Penal de 1848.

Si el Proyecto de Código Criminal de 1831 se configuraba como el germen de la eximente objeto del presente estudio, al ser el primer texto que la establecía en términos muy similares a los actuales, es el Código Penal de 1848, el que sienta la base legal de la actual eximente prevista en el artículo 20.7º del vigente Código Penal de 1995.

En esta ocasión, los redactores del nuevo Código Penal recogen la figura objeto de este estudio, que es debatida en la Comisión General de Codificación,⁸⁹ de cuyas Actas se puede saber cuál fue el proceso para ello, aunque estas actas corresponden a 1844, ya que no se dispone de las últimas que aprobaron el proyecto.⁹⁰ Precisamente de esto se lamentaba PACHECO, cuando decía: *“es una desgracia que semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal; culpables fueron los taquígrafos, que las tomaron sin escrupulosidad, y los miembros de la Comisión, que no corrigieron sus opiniones.”*⁹¹

Lo que es bien cierto es que se retoma la redacción del proyecto de 1831, y además se añaden algunos cambios importantes para el estudio que estamos realizando, entre los que figuran como novedosos la regulación de las eximentes.

⁸⁹La Comisión General de Codificación fue creada por R.D. de 19 de agosto de 1843.

⁹⁰ El Proyecto de Código Penal de 1848 fue aprobado en tres sesiones por el Senado, con fecha 16 de febrero de 1847.

⁹¹ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP*. Madrid, 1965, pp. 473 y ss.

Según consta en el Acta nº 7 de la Comisión General de Codificación en la Sesión celebrada el día 18 de octubre de 1844, la discusión acerca de la redacción del artículo 15, fue la siguiente: ⁹²

“Art. 15 del proyecto: Últimamente será excusable la infracción que se realice por accidente imprevisto por el cumplimiento de un deber impuesto por la Ley, o por ejercicio de una profesión o cargo. Para que sea excusable cualquiera de estos hechos, es necesario que no haya intención de dañar de parte del autor, y que en su ejecución no incurra en exceso. Los hechos que proceden del ejercicio de profesión o cargo para que sean excusables se necesita además que el que los ejecute esté legalmente autorizado. En ninguno de estos casos se permitirá la persecución, sin constar previamente el exceso o abuso.

Presentáronse varias redacciones y encargado el Sr. Pérez Hernández de hacer una que abrazase las ideas vertidas por varios señores en sus respectivas redacciones, presentó la siguiente que fue aprobada:

Art. 15: Últimamente lo estará el que en ocasión de realizar un acto ilícito con la debida diligencia causare un daño, o cometiere un delito por puro caso, y sin la menor culpa ni intención por su parte.

Artículo 16

Sin discusión fue aprobado este artículo que es como sigue:

Art. 16: “Lo dispuesto en el artículo precedente se entiende también los hechos que consistan en el ejercicio de un derecho.”

No existen en las Actas del Anteproyecto ninguna referencia que expliquen la inclusión del precepto tal y como se aprobó. Sin embargo sí que hay que resaltar que el artículo 14 del **Proyecto de 1844** establecía el derecho

⁹² LASSO GAITE, J. F. *Crónica de la Codificación Española. Volumen II... Opus cit.*, p. 521.

de corrección de padres, tutores y maestros, así como de personas autorizadas por la Ley, cuyo tenor literal era:

“Art. 14 del proyecto: Será igualmente excusable la infracción cuando el hecho consista en un castigo moderado, que apliquen los padres, tutores, maestros y demás personas a quien la Ley autoriza para ello, a los sujetos que están en su dependencia. Para que sea excusable la infracción en este caso, es indispensable que el castigo no exceda de lo racionalmente conveniente o necesario.

Sr. Vizmanos: Lo que dispone este artículo corresponden decirse en el Código civil al tratar de la autoridad paterna.

El Sr. Seijas: Lo había tomado del Código de Brasil, pero no tengo inconveniente en retirar el artículo.

*Quedó suprimido.*⁹³

La redacción del artículo 14 es muy similar y desde luego tiene el mismo significado que la que venía establecida en el artículo 154 del Código Civil (actualmente derogado), en el que se establecía el derecho de corrección de los padres sobre los hijos, que como ya se vio en la primera parte de este trabajo era una de las causas previstas de ejercicio de un derecho.

Pero también hay que señalar aquí, que las lesiones causadas en el ejercicio del derecho de corrección, aparecen de nuevo, en el Código de 1928, las cuales se mantendrán hasta el Código Penal de 1944, si bien en este caso como figuras castigadas si se ejecutaban en exceso de ese derecho de corrección, como ya veremos.

Efectivamente, la redacción final del artículo 8.11º del Código Penal de 1848, integrado en el Capítulo II, *“De las circunstancias que eximen de*

⁹³ LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Codificación Española. Volumen II... Opus cit.*, p. 521.

responsabilidad criminal”, perteneciente al Título I, “*De los delitos y faltas, y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan*”, dice así:

-Artículo 8.11º: “El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo.”

Esta redacción permanecerá prácticamente inalterada en todos los Códigos Penales posteriores.

Vemos que en la redacción de este artículo está presente el término “**autoridad**”, que no consta en los Códigos posteriores a excepción de lo previsto en el Código Penal de 1870 que es el texto penal que le sigue.

Se puede decir que a partir de este Código de 1848 las causas de exclusión de la responsabilidad criminal serán expresadas en un único artículo como circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, y no junto a la figura delictiva a la que era aplicable.

Este Código Penal recoge el eclecticismo de Rossi, al estructurar el texto, y además se inspira en el Código francés de 1810 y brasileño de 1822, que toma su modelo del napolitano de 1819. La estructura resultante será la vigente hasta el Código de 1973, que será nuevamente modificada con el Código de 1995.⁹⁴

La influencia del Código Penal de 1848 puede verse claramente a tenor de las palabras pronunciadas por Seijas⁹⁵, el encargado de la redacción del mismo. Este dice que “*Lo primero que hizo Seijas fue consultar los distintos Códigos de Europa y América. Todos proponían la sencillez <<Declaro*

⁹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 189-190.

⁹⁵ Se trata de Don Manuel Seijas Lozano, Abogado, Fiscal en Albacete y Valencia, Ministro de la Audiencia de Sevilla, Granada y Valencia, Ministro de la Gobernación en 1847, y de Gracia y Justicia 1856, Presidente del Congreso en 1866, año en que también lo fue del Senado. También fue Fiscal del Tribunal Supremo.

francamente que en el de Brasil me entusiasmó su estructura; en el de Nápoles su precisión>>. Se propuso <<seguirlos como modelos, sin someterme por ello ciegamente a sus reglas>>.”⁹⁶

En cuanto a la influencia de la obra de Pellegrino Rossi⁹⁷, (profesor universitario que llegó a ser Jefe del Gobierno del Papa Pío IX), en la redacción del Código Penal de 1848, algunos autores de la época como ANTÓN ONECA lo expresaban de la siguiente forma: *“Pacheco debió sentirse alma gemela a Rossi por su afición al eclecticismo y por su cultivo a la vez del derecho penal y el constitucional.”⁹⁸*

La influencia de Rossi puede verse claramente si analizamos los argumentos que el autor italiano propone en el Capítulo XIII, que lleva por título *“Legitimidad intrínseca del hecho, á pesar de sus consecuencias perjudiciales á tercero, ó de su apariencia criminal.”⁹⁹* Así, ROSSI estima que: *“El mal causado á otro no es imputable al agente como delito cuando le ha merecido el paciente y está autorizado por la ley, ó cuando se ha hecho con un fin legítimo de conveniencia para aquél que le ha padecido.”* Rossi propone algunos ejemplos:

“El viajero que rechaza un agresor á mano armada; [...] el cirujano cuyo enfermo sucumbe en una operación arriesgada, cometen actos justificados plenamente á los ojos de la razón y de la ley.”

Unos renglones más abajo prosigue el autor diciendo: *“El cirujano puede también, en ciertos casos, no consultar la voluntad del enfermo; pero debe, no obstante, acomodarse á todas las reglas establecidas para la práctica legítima de su arte. [...] Asimismo el soldado, el agente de policía, el carcelero, etc, que obedecen las órdenes legales de sus superiores, cumplen con su deber. Sus actos son irrepreensibles.”*

⁹⁶ LASSO GAITE, Juan Francisco. *Opus cit.* Volumen I, p. 270.

⁹⁷ ROSSI, P. *Tratado de Derecho penal.* Traducción de Cayetano Cortés. 3ª edición. Madrid, 1883.

⁹⁸ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP.* Madrid, 1965, p. 478.

⁹⁹ ROSSI, P. *Tratado de Derecho penal... Opus cit.*, p. 216.

Se puede ver aquí una clara referencia a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que hay que decir, aparece regulada por primera vez en el texto penal de 1848.

También en el Capítulo XII, de la obra de Rossi, que lleva por título “*De las causas de justificación ó disculpa*”, el autor hace la siguiente mención: “*Llamamos disculpable á aquel cuyo estado excepcional al tiempo de verificarse la acción, era de tal naturaleza que le hace acreedor á una mitigación de la pena ordinaria, y aun á una exención absoluta de pena legal.*” Y propone el siguiente ejemplo: “*Es disculpable el marido que impatientiajusti dolores, da muerte á su mujer y á su cómplice, sorprendidos in fraganti.*”, haciendo una clara referencia a la excusa por ejercicio legítimo de un derecho.

100

Por lo que respecta al **fundamento** de la inclusión de la figura objeto de estudio en el Código Penal, es decir cuál es la causa por la que los redactores del texto ¹⁰¹ deciden incluir esta figura en el Código Penal de 1848, ya que no estaba presente en los textos codificados anteriores, habrá que volver a recordar las causas que llevaron a los redactores de los Proyectos de Código Criminal de 1831 y 1844, y después analizar qué razones adujo el legislador del momento.

En este sentido ya PACHECO daba su opinión sobre la figura que actualmente podríamos definir como ejercicio legítimo de un derecho, que expresaba en los siguientes términos: “*Todas las legislaciones os dirán, de acuerdo con la conciencia humana, que el homicidio efectivamente es un crimen. Y al mismo tiempo, todas las legislaciones os dirán también que el que mata á otro defendiéndose está justificado; que el marido, que mata en ciertas*

¹⁰⁰ROSSI, P. *Tratado de Derecho penal...Opus cit.*, pp. 214-215.

¹⁰¹ Si bien se acepta por la mayoría de la doctrina que fue Pacheco el que en mayor medida redactó el C.P. de 1848, hay autores que advierten de que del riguroso estudio de su elaboración no es así. En este sentido, ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”...*Opus cit.*, p. 491; CANDIL JIMÉNEZ, F., “Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, en *ADPCP*. Madrid, 1975, pp. 405 y ss.

*circunstancias á su muger adúltera, es excusable. Todas las legislaciones, en efecto, han visto una causa de justificación en la defensa; otra de excusa en los arrebatos de la honra, cuando llegan á cierta situación, á cierto punto.*¹⁰²

Se puede apreciar, por tanto, que Pacheco entendía la defensa de la honra como una causa clara de exclusión de la responsabilidad, y además deja entrever con las expresiones “*cuando llegan á cierta situación, á cierto punto*”, que no es excusable cualquier defensa sino únicamente cuando se produce la más grave, el adulterio.

Además de esto, el autor explica que al igual que este hecho concreto (el de matar a la mujer adúltera) es justificable, también lo es el hecho criminal realizado en el ejercicio de cualquier otro derecho o en el cumplimiento de un deber, al decir: “*Quede pues establecido, como un capítulo de justificación, como un motivo que exime de toda culpabilidad, la existencia de otro derecho ú otro deber, contrario y más poderoso que el infringido por la acción que parece crimen. Puestos los dos en la balanza, el que nos ha decidido a obrar era más fuerte que el que nos preceptuaba abstenernos: nuestra obra pues ha sido legítima, y la conciencia y la ley se ven precisadas á declararlo.*”¹⁰³

Hay que hacer aquí una precisión terminológica para que no lleve a error la redacción transcrita anteriormente, ya que a la vista de su contenido parece que el autor esté hablando del estado de necesidad, cuando se refiere a ponderar los derechos que se enfrentan, pero es simplemente una forma de explicación que utiliza el autor, referidas a la legítima defensa y al ejercicio de un derecho, como es el que el marido pueda matar a su mujer adúltera, haciendo extensivo esta exención a otros derechos similares y al cumplimiento de un deber, que el autor estima que se produce cuando “*se cumple lo que se le ha mandado por quien podía justamente hacerlo.*”¹⁰⁴

¹⁰² PACHECO, J. F. *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en al Ateneo de Madrid.* Tomo I. Editor Boix. Madrid, 1842, p. 119.

¹⁰³ PACHECO, J. F. *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en al Ateneo de Madrid...* *Opus cit.*, pp. 120-121.

¹⁰⁴ PACHECO, J. F. *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en al Ateneo de Madrid...* *Opus cit.*, p. 120.

También es importante señalar la idea del autor sobre estas causas de exención penal, ya que como ha quedado transcrito anteriormente este mantiene que *“la conciencia y la ley se ven precisadas a declararlo”*, por lo que está dejando claro que la ley no puede dejar de regular estas cuestiones, basando su postura en que es legítimo utilizar un derecho pese a que ello pueda causar un daño en el otro.

Se refiere aquí este autor a la ponderación de derechos o deberes, para utilizar el más fuerte, por lo que parece que se refiere a supuestos de estado de necesidad, situación que de la lectura del texto queda descartada. Al mismo tiempo está diciendo que quitarle la vida a una persona que haya cometido adulterio es un derecho menos *“fuerte”* que la deshonra que dicho acto conlleva. PACHECO ya se refiere aquí a la ponderación de intereses que como veremos más adelante se considera por la mayoría de la doctrina actual como el fundamento de la eximente objeto de este estudio.

Hay que recordar también que esta última postura fue mantenida por el autor a mediados de siglo XIX, por lo que tampoco resulta chocante en la sociedad de aquella época que tal figura se regulase de esa forma.

El mismo autor en otro de sus trabajos sentenció con una frase la justificación del precepto en la ley penal, al decir que:

“El que usa de su derecho no injuria a nadie; el que cumple con su deber, si algo merece por ello, es elogio, que no pena.”

Y añade: *“Y es tan claro este punto, que muchas legislaciones no han hecho ninguna mención de él, por no conceptuarla necesaria.”*¹⁰⁵

Hay que recordar que muy pocos códigos penales de la época recogían una causa de exclusión similar. Los textos penales que influyen en el Código

¹⁰⁵ PACHECO, J. F. *El Código Penal. Concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera. Editorial Edisofer. Madrid, 2000, pp. 194-195.

Penal español de 1848, es decir, el C.P. brasileño de 1830, el francés de 1810 y los Códigos italianos anteriores a la unificación de Italia, no regulaban esta causa de exclusión de la responsabilidad penal tal y como lo hace el Código español (es decir como causa general de exención de pena)¹⁰⁶, configurándose en toda una novedad de la época, que tuvo una gran influencia en algunos Códigos Penales de países suramericanos, tal y como expresa RIVACOBA cuando dice que: “El texto español, por su parte, perdió en la reforma de 1870 la referencia a la autoridad, que se conserva, sin embargo, en textos americanos que derivan de él en esta materia (el chileno, art. 10, nº 10; el nicaragüense, art. 28, nº 9; el paraguayo, art. 21, nº 5; el portorriqueño, art.24, y el venezolano, art. 65, nº 1, así como, en cierto modo, el guatemalteco, art. 24, nº 3, y el uruguayo, art. 28)”¹⁰⁷.

Pero no solo Pacheco era partidario de que la eximente objeto de estudio estuviera plasmada en la ley. Otros autores, aunque no explican el motivo, dejan clara su postura, y así CASTRO Y OROZCO dice que *“Este deber tiene que ser regulado por la ley ó por la buena moral, así como el ejercicio legítimo de un derecho supone una completa legalidad en su uso.”*¹⁰⁸

También otros autores en sus comentarios al artículo 8.11º del Código Penal de 1848, dejaron explicada su postura: *“Clara y perceptible es también la excepción consignada en el número 11 del artículo. El que en el ejercicio legítimo de su derecho, ó cumpliendo con un deber, ejecuta una acción de las que prohíben las leyes penales, no comete delito ni falta.”*¹⁰⁹

¹⁰⁶ Únicamente el texto brasileño de 1830 preveía en su artículo 14.6 el ejercicio del derecho de corrección, y referencias puntuales en la parte especial del texto brasileño a esta exención pero ligada a delitos concretos y no como causa general como lo hace el español. SÁNCHEZ GARCÍA, M. I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, p. 38.

¹⁰⁷ RIVACOBA y RIVACOBA, M. *Las causas de justificación*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1995, p. 60.

¹⁰⁸ CASTRO Y OROZCO, J. *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*. Tomo I. Granada, 1848, p. 61.

¹⁰⁹ MARÍA DE VIZMANOS, T. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Madrid, 1848, p. 91.

A la vista de todos estos comentarios acerca de la eximente objeto de estudio se puede extraer la conclusión de que si bien todos los autores coinciden en afirmar que el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber son causas de exclusión de la responsabilidad criminal y que dicha figura debe ser establecida en el Código Penal, ninguno de ellos justifica por qué debe ser incluida.

Por lo que respecta a en qué casos era aplicado el precepto, los comentaristas de la época ofrecen en sus trabajos numerosos ejemplos de ello, algunos de los cuales se citan a continuación.

Tal y como plantean ÁLVAREZ y VIZMANOS, la eximente de *“obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”*, de la forma en que se recogía en el Código Penal de 1848, era aplicable en determinadas situaciones explicando por qué podía ser utilizada dicha eximente:

“El verdugo que ejecuta una sentencia de muerte, y el soldado que pasa por las armas á un compañero, matan á un hombre; pero no delinquen, porque ni uno ni otro hacen más que obrar en el ejercicio legítimo de su oficio, ó en cumplimiento de su deber, obedeciendo á las leyes de la ordenanza. La detención de una persona en la cárcel ó en otro lugar, es también un atentado contra la seguridad individual, y sin embargo el juez que decreta con razón la prisión de un acusado, el agente de justicia que con fundado motivo le prende, no delinque, aunque después andando el tiempo, el hombre detenido ó preso logre justificarse, pues obraron en cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de su autoridad. El médico que manda hacer una sangría por creerla indicada en una enfermedad, y el cirujano que practica una amputación, son igualmente irresponsables, porque obraron en el ejercicio legítimo de su oficio.”¹¹⁰

¹¹⁰ MARÍA DE VIZMANOS, T. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 91.

Prosiguen los mismos autores haciendo una referencia a las leyes anteriores donde se recogían preceptos similares a este, citando expresamente a las leyes de Partida, Fuero Real y Novísima Recopilación.

“Últimamente, el que para prender á un ladrón ó á un malhechor que encuentra de noche en su casa ó en otra parte, le hiere porque huye, aunque no se defienda, obra en el ejercicio legítimo de un derecho <<y non cae en pena ninguna.>> Ley III, tít. 8º, Partida 7ª.

Antes que las leyes de Partida, la ley VII, título 17, Libro IV del Fuero Real, que es hoy la Ley XIV, título 24, Libro XII, Novísima Recopilación, comprende disposiciones muy parecidas, aunque no estén redactadas bajo el mismo espíritu, ni del modo feliz que en aquél código.”

Efectivamente, como ya hemos apuntado anteriormente, estos casos de leyes anteriores¹¹¹, en que se permite la muerte del ladrón que de noche entra en casa, guarda cierta similitud con el actual ejercicio legítimo de un derecho, cuya fuente legitimadora es la ley.

Por su parte PACHECO también ofrece ejemplos en los que cabe aplicar esta eximente, y así dice que *“El soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal, á pesar de que causen daño.”*¹¹²

No obstante lo anterior, en cuanto que existe una nueva estructuración de las eximentes en el texto penal, hay que decir que perviven en el Código Penal de 1848 algunas reminiscencias de normas anteriores a la Codificación, circunstancia que también advirtió Pacheco en su estudio del texto, tal y como explica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en su estudio preliminar al decir que

¹¹¹ **Fuero Juzgo** (Ley 15, Título 3, Libro 7; Ley 16, Título 3, Libro 7), **Fuero Real** (Ley 1, Título 17, Libro 4), **Leyes de Partida** (Ley 3, Título 8, Partida VII) y **Novísima Recopilación** (Ley 1, Título 21, Libro 12).

¹¹² PACHECO, J. F. *El Código Penal Comentado y concordado*. Tomo I. Madrid, 1870, p. 175.

persisten “los arcaísmos procedentes del Fuero Juzgo y de las Partidas aceptando viejas tradiciones españolas.”¹¹³

Efectivamente, hemos visto en epígrafes anteriores, que el Fuero Juzgo y la Novísima Recopilación exceptuaban de pena al padre, hermano, o marido que matase al hombre que yaciese con mujer adúltera. Igualmente se ha hecho referencia a la influencia de estas normas en el Código penal de 1822, ya que regulaba estas mismas cuestiones aunque les imponía una pena menor.

El Código Penal de 1848 mantiene esta característica, y así se puede ver el artículo 339¹¹⁴ referido al marido que sorprende a mujer adúltera, y mata al hombre o a la mujer, que pese a que impone una pena, es claramente de menor gravedad que la del homicidio referida en el artículo 323 del mismo texto de 1848. Pero lo curioso del referido artículo 339 es que en su segundo párrafo exime de responsabilidad las lesiones que no sean graves en el caso de que el marido sorprenda al adúltero o a su mujer.

Así, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 332 a 338¹¹⁵ que regulan los delitos de lesiones corporales, o artículo 470.5º y 471.12º¹¹⁶ del

¹¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 190.

¹¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 274. El artículo 339 del C.P. de 1848 establece: “El marido que sorprendiendo en adulterio á su muger matare en el acto á esta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mugeres ó hijas.”

¹¹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 273. El artículo 334 del Código Penal de 1848 establece que “El que hiriere, golpear ó maltratare de obra á otro, será castigado como reo de lesiones graves: [...]”, pasando a continuación a detallar supuestos de lesiones y pena asignada a cada supuesto.

¹¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 301-302. El artículo 470 5º establece que “Serán castigados con las penas de arresto de cinco á quince días y multa de 5 á 45 duros: [...] 5º. Los que causaren lesión que impida al ofendido trabajar por cuatro días lo menos, ó haga indispensable la asistencia del facultativo por el mismo tiempo.” Por otra parte el artículo 471. 12º impone la misma pena de arresto y la de multa de 5 a 15 duros, a: “Los

mismo texto, que regulan las faltas graves de lesiones, estamos ante una verdadera causa de exención de la responsabilidad y concretamente en la que posibilita el ejercicio de dicho derecho de lesionar.

De esta forma se aprecia de qué forma evoluciona la figura, que de ser una causa exenta de pena al considerarse como ejercicio legítimo de un derecho o una excusa, pasa a ser una conducta criminal pero con una pena privilegiada. Esta misma idea pervivirá en los restantes Códigos Penales, tal y como veremos más adelante, hasta llegar al Código penal de 1928 que suprime esta exención, si bien mantiene el adulterio como delito.

Desaparecen de este texto las referencias a los homicidios justos en caso de causar la muerte del ladrón nocturno que entre en una casa, o de las lesiones causadas a éste, las cuales sí que se encontraban en el Código anterior. GROIZARD opina sobre la desaparición de estas causas y dice que *“La influencia en la legislación de esta clase de populares sentimientos al fin debió cesar y cesó cuando llegó la época en que la filosofía y la razón, mediante el estudio de la naturaleza del delito en sí, pusieron de manifiesto á los legisladores que no les era permitido [...] La inviolabilidad de la vida es un principio que no consiente negaciones fundadas en ningún interés particular por grande que sea. Nadie puede tomarse la justicia por su mano. El principio de la venganza privada ha desaparecido para siempre de los horizontes del derecho penal.”*¹¹⁷

Podemos **concluir**, por tanto, que surgen en este Código Penal algunos preceptos acordes con las ideas ilustradas que lo inspiraron, como por ejemplo la regulación de las causas de exclusión, desapareciendo por el mismo motivo otras viejas formulaciones como las injurias exentas cuando son realizadas por padre, amo, o en defensa judicial. De igual modo, se suprime de su articulado el homicidio justo en el caso del ladrón que robe en casa, y por supuesto las lesiones al hijo en el ejercicio legítimo del derecho de corrección.

que causaren lesión con palo, piedra ú otro cuerpo extraño, cuando las lesiones no impidan trabajar ni hagan indispensable la asistencia de facultativo.”

¹¹⁷ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870... Opus cit.*, p. 589.

Sin embargo, perviven todavía otras redacciones como la de las lesiones exentas en caso de que el marido sorprenda a su mujer adúltera, siempre que dichas lesiones no sean graves. En mi opinión, en una sociedad tan influenciada por las ideas religiosas, era prácticamente imposible hacer desaparecer el delito de adulterio, dejando incluso una pequeña parcela para la venganza privada, que como se ha visto únicamente es posible con respecto a este delito.

4.2.4.- La reforma de 1850.

El C.P. de 1848 fue rápidamente reformado por el Gobierno en 1850, avalado por lo dispuesto en el artículo 3º que le autorizaba a realizar *“cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta á las Córtes tan pronto como fuera posible.”*¹¹⁸ A partir de este precepto se abordaron diversas reformas, que culminaron en una edición reformada del Código anterior, surgiendo así el Código Penal de 1850.

El Código Penal de 1850 supone en realidad una versión del Código de 1848, salvo algunos artículos que fueron realmente modificados. A modo de curiosidad, hay que decir que se consideran Códigos progresivos para su época los de 1848, 1870 y 1932. En cambio se consideran regresivos los de 1850, 1928 y 1944.¹¹⁹

Por lo que se refiere a la figura que estamos estudiando, no existe ninguna modificación con respecto al texto penal anterior, y su redacción es idéntica al C.P. de 1848.

Efectivamente, la redacción del Código Penal de 1850 es la que sigue:

¹¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 325.

¹¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 321.

-Artículo 8.11º: “El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo.”

El precepto se encuentra situado en el Capítulo II, del Título I, a imagen y semejanza del Código Penal de 1848.

Podemos observar que no solo es idéntica la redacción del precepto sino que además está contenido en el mismo artículo y mismo apartado. Es por ello que podemos adelantar que el análisis relativo a este precepto, bien podría ser válido para el epígrafe anterior donde estudiábamos el precepto contenido en el texto de 1848.

VICENTE Y CARAVANTES expresa cuál es el fundamento de la eximente en su comentario al texto de 1850, cuando dice: *“La exención que comprende este número se funda también, como las de los anteriores, en la falta de libertad y de voluntad, ó en su sumisión al cumplimiento de las obligaciones ó deberes respectivos. El que por cumplir con lo que manda la ley, ejecuta una acción dañosa considerada en sí misma, lejos de merecer pena, es digno de elogio, porque dominó los impulsos compasivos de su corazón por llenar sus deberes, y rindió culto á la ley que prescribía causar aquél daño por creerlo útil á la publica tranquilidad.”*¹²⁰

Es clara la influencia de PACHECHO en este comentarista que utiliza sus mismas palabras *“digno de elogio”*, circunstancia que no es extraña debido a la gran influencia que tuvo la obra de Pacheco, es decir, sus comentarios al Código Penal de 1848.

Por su lado, ARAMBURU Y ARREGUI ofrece también su idea de cómo se fundamenta la eximente, aunque de manera más escueta, al decir que: *“<<El que obra en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, uso de autoridad, oficio ó cargo, no es responsable ni criminal ni*

¹²⁰ VICENTE Y CARAVANTES, J. *Código Penal reformado precedido de una breve reseña histórica del Derecho Penal de España y seguido de tablas sinópticas*. Madrid, 1851.

*civilmente>> número 11, artículo 8º, pues el que usa de su derecho á nadie ofende. Así sucede al que se defiende en los términos explicados.*¹²¹

En cuanto a los supuestos de aplicación de la eximente, estos autores citan prácticamente los mismos casos que los vistos anteriormente en el C.P. 1848.¹²²

Sin embargo, los comentaristas del texto de 1850 no nos despejan la duda de por qué motivo debe ser recogida la eximente en un texto penal, pese a que su fundamento como causa de exclusión de la responsabilidad no deja lugar a dudas a ninguno de los autores de la época, como hemos podido ver.

Por lo que respecta a las lesiones causadas al hombre que yazca con mujer adúltera, sigue este Código manteniendo idéntico criterio que su antecesor, y así en su artículo 348¹²³ regula las lesiones que causadas por el marido a su mujer adúltera o bien *“al hombre que haya yacido con ella”*, no constituyen delito, siempre que no sean graves.

Se configura, por tanto, como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal unida al delito concreto, ya que las lesiones sí que

¹²¹ ARAMBURU Y ARREGUI, J. D. *Instituciones de Derecho Penal Español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*. Oviedo, 1860, p. 25.

¹²² VICENTE Y CARAVANTES, J. *Código Penal reformado precedido de una breve reseña histórica del Derecho Penal de España y seguido de tablas sinópticas...Opus cit.*, p. 68. El autor cita como ejemplos de aplicación de la eximente *“el juez que impone una pena legal, el verdugo que la ejecuta, el alcalde que custodia á un criminal, impidiéndole la evasión, el facultativo que para librar de la muerte a un herido ejecuta una amputación de un miembro, y el padre que corrige a su hijo.”*; ARAMBURU Y ARREGUI, J. D. *Instituciones de Derecho Penal Español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850...Opus cit.*, p. 25. El autor dice que las situaciones aplicables serían *“Juez que manda prende á un reo; al alguacil que le detiene; al facultativo que hace una amputación precisa, indispensable.”*

¹²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 88. El artículo 348 del CP de 1850 establece que *“El marido que sorprendiendo en adulterio á su muger matare en el acto á esta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mugeres ó hijas.”* Como se puede apreciar su redacción es idéntica a la del artículo 339 del CP 1848.

están castigadas en el texto de 1850, y se regulan en los artículos 341 a 347. Así mismo las faltas de lesiones vienen establecidas en los artículos 484.4 y 485.11º del mismo texto de 1850.¹²⁴

PACHECO¹²⁵ analiza el precepto 348 del C.P. de 1850, redactado de forma idéntica al artículo 339 del texto penal anterior, el C.P. de 1848, por lo que su estudio puede servir perfectamente para ambos Códigos. Este autor señala que los Códigos extranjeros son más benévolos en su articulado al enfrentarse con la acción del marido que sorprende a su mujer adúltera y para vengar su honra, mata a uno o a otro, ya que el Código español establece en tal caso la pena de destierro, al ser operativas causas de atenuación de la pena, pero sin llegar a extinguir dicha responsabilidad por completo.

Pacheco está conforme con que se aplique una circunstancia atenuante, ya que dice que: *“La excepción de los estímulos poderosos que arrastran irresistiblemente, tiene aquí un caso que tampoco se puede dudar, pues que es imposible encontrar ni señalar otro mayor estímulo que el que precipita á un acto semejante.”* Por otro lado, entiende este autor que el requisito necesario para la aplicación de dicha atenuación es que la muerte o las lesiones sean ejercidas de forma inmediata una vez sorprendidos, ya que si no es así no sería operativa esta suave pena.

ARAMBURU Y ARREGUI, al comentar el artículo 348 CP 1850, da sus razones de cuál es el motivo para que la muerte o las lesiones graves infringidas a la mujer adúltera o al hombre que esté con ella, prevea únicamente una pena de destierro, explicando que se debe a que actúan las circunstancias atenuantes 5ª y 7ª del artículo 9 del Código, que son tal y como

¹²⁴ Debido a que la redacción del delito de lesiones y de las faltas de lesiones es idéntica a la expresada en los artículos correspondientes del Código Penal de 1848, hacemos una remisión al epígrafe donde se analiza el texto del 48, donde ha quedado transcrito el contenido de dichos artículos.

¹²⁵ PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III. 4ª edición. Madrid, 1870, pp. 66 y ss. El autor al realizar las concordancias de la época, cita el artículo 324 del Código francés, el artículo 388 del Código napoleónico, y el artículo 619 del C.P. de 1822.

dicen: “ejecutar un hecho en vindicación próxima de una ofensa grave; obrar por estímulos tan poderosos, que naturalmente produzcan arrebató y obcecación.”¹²⁶ Estas mismas causas son aplicables a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años. El mismo autor también opina sobre la excusa referida a las lesiones que no sean graves, por parte del marido que sorprenda *in fraganti* (requisito necesario para que opere la excusa en ambos casos), refiriéndose a ella en los siguientes términos: “Aun ahora se le perdona, si las lesiones causadas a los adúlteros no fuesen de las graves”.

Poco más se puede decir acerca de los preceptos examinados en este apartado, ya que coinciden con los correspondientes del Código Penal anterior de 1848.

4.2.5.- El Código Penal de 1870.

Este Código trata de armonizar su contenido con la Constitución de 1869, la cual “era radicalmente distinta de la de 1845.” Además, el texto penal se hizo de forma muy astuta, ya que el Proyecto de Código penal fue presentado de forma imprevista por el Ministro de Gracia y Justicia, Montero Ríos, y en un tiempo récord los cuerpos colegisladores autorizaron su tramitación como ley provisional que tendría su discusión en otoño. Aunque se le llamó “Código de verano”, la verdad es que estuvo en vigor casi sesenta años.¹²⁷

Para adecuar el texto penal de 1870 con la Constitución de 1876, se presentaron varios Proyectos por Bugallal, Alonso Martínez y Silvela, si bien ninguno de ellos afecta a la eximente objeto de estudio.¹²⁸

¹²⁶ ARAMBURU Y ARREGUI, J. D. *Instituciones de Derecho Penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850...Opus cit.*, pp. 258-259.

¹²⁷ BARBERO SANTOS, M. *Política y Derecho Penal en España*. Editorial Tucur, 1977, p. 41.

¹²⁸ La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora, comienza así: “Por Decreto de 6 de mayo del año en curso, el Gobierno provisional de la República creó la Comisión jurídica asesora, en reemplazo de la vetusta Comisión General de Codificación, existente desde el 10 de mayo de 1875”

Efectivamente, el Proyecto de Bugallal mantiene el mismo artículo 8º y apartado 11º, que contiene la eximente de obrar en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo e un derecho, oficio ó cargo, y tal y como explica el redactor del proyecto, *“Ninguna modificación se proyecta relativa á los capítulo II y III, que tratan respectivamente de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal y de las que atenúan ésta.”*¹²⁹

La versión definitiva, que además es la que recoge el Código Penal actual, es la siguiente:

-Artículo 8.11º: “El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.”

El precepto se encuentra situado en el Capítulo II, del Título I, manteniendo así su ubicación y el título de dichos capítulos y títulos, con respecto a los textos de 1848 y 1850, por lo que no existe variación en este sentido.

La redacción de la eximente estudiada es prácticamente igual a la que aparece en el Código Penal de 1848¹³⁰, con la única diferencia de que desaparece en este artículo el término *“autoridad”*. Esta novedad hizo que algunos autores no creyesen necesario comentario alguno sobre el particular al ser idéntica la versión del texto de 1870 que la de los dos Códigos anteriores.

Igualmente el Proyecto de Código Penal redactado por la Comisión de Códigos, y presentado a las Cortes por el Señor Ministro de Gracia y Justicia en Madrid, en 1880, decía en su introducción que *“este cuerpo de derecho, por las cuales clamaba la opinión justamente alarmada ante la comisión de ciertos delitos y el aumento de la delincuencia; hechos que probaban la deficiencia del Código Penal de 1870.”* En cualquier caso ambos proyectos no afectaban a la redacción del artículo referido a la eximente objeto de estudio.

¹²⁹ Proyecto de Código Penal redactado por la Comisión de Códigos y presentado a las Cortes por el Señor Ministro de Gracia y Justicia. Madrid, 1880

¹³⁰ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. *Apéndice a los comentarios del nuevo Código de Don Joaquín Francisco Pacheco ó sea el Nuevo Código comentadas las adiciones que contiene.* Madrid, 1870, p. 20. El autor al comentar todo el artículo 8º, que regula las circunstancias eximentes, dice *“Este capítulo reducido á un artículo, es interesante por más de un concepto; y aunque al parecer está copiado del antiguo Código”*

¹³¹ Otros, en cambio, como AZCUTIA, parecen apuntar que el cumplimiento del deber y el ejercicio del cargo cubren perfectamente los casos a los que se aplicaba el ejercicio de “autoridad”, al afirmar que *“el juzgador, dando sentencia de muerte contra uno, obra, á su vez en el cumplimiento de su deber, como autoridad judicial y en el desempeño de su cargo.”*¹³² Recordemos que el término “autoridad” era aplicado a supuestos concretos del *“juez que decreta con razón la prisión del acusado, el agente de justicia que con fundado motivo le prende, no delinque, aunque después andando el tiempo, el hombre detenido o preso logre justificarse, pues obraron en cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de su autoridad.”*¹³³

En su comentario al Código Penal de 1870, encontramos el **fundamento** que algunos autores expresan sobre esta causa para que sea considerada como eximente de la responsabilidad criminal. Así AZCUTIA, argumenta que *“No es solamente la falta ó la ofuscación de la razón, en cualquiera de los conceptos antes indicados, la que subyuga la voluntad, cohíbe el ánimo y hace que obre el hombre de una manera contraria á su conciencia y á sus convicciones; como no obraría de seguro, si se encontrase en el pleno y libre ejercicio de esa misma voluntad sujeta o cohibida: el deber, el ejercicio legítimo de un derecho, el cumplimiento indispensable de un cargo, la necesaria obediencia, le obligan en muchísimas ocasiones á prescindir de su conciencia de hombre y de su propia voluntad, ejecutando hechos ó actos, que, en otros ó en otras circunstancias, serían justificables y punibles.”*¹³⁴

SILVELA, por su parte, observa lo siguiente: *“La claridad que presenta el asunto, la completa justicia de esta disposición, resisten que sobre ella se entre*

¹³¹ BUENAVENTURA SELVA, N. *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870*. Madrid, 1870, p. 24. El autor cita los trece apartados del artículo 8º, pero no comenta ninguno de ellos.

¹³² AZCUTIA, M. *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras...* Opus cit., p. 150.

¹³³ MARÍA DE VIZMANOS, T. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código Penal...* Opus cit., p. 91.

¹³⁴ AZCUTIA, M. *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras...* Opus cit., p. 149.

en largos desarrollos. Si el deber se impone como una necesidad moral, si el oficio ó cargo voluntariamente aceptado, crea obligaciones, no es posible que ocurra siquiera a nadie exigir responsabilidad criminal por aquello que ni puede excusarse, ni puede dejar de cumplirse. Por otra parte, el que hace uso de un derecho á nadie injuria, es decir, no quebranta ni viola el derecho que á otro corresponde, y no sólo no hay en tal ejercicio Delito, sinó que ni áun siquiera aspecto ó apariencia criminal.”¹³⁵

El mismo autor, en otro de sus trabajos posteriores, mantiene que *“El daño causado en virtud de un derecho, en ejercicio de un cargo, en cumplimiento de una ley, que también se mencionan como motivos de justificación, no pueden serlo. Ninguna apariencia criminal presentan, no hay colisión, ni falta, ni infracción del Derecho, y de considerarlos como tales, no habría acto en el que no pudiera decirse que intervienen las causas justificativas.”¹³⁶*

GROIZARD, también expresa su opinión sobre el fundamento de la figura objeto de estudio, y así dice:

“El fundamento y justicia de esta exención es evidente. La ley penal al describir el delito, no hace más que determinar y concretar los elementos de la noción racional del delito que todo hombre lleva impresa en su conciencia.” Y añade *“El primer elemento constitutivo de delito que la razón señala, es la violación de la ley moral: donde no hay deber infringido, no hay hecho justiciable. La ley que desconociera este principio sería injusta y llevaría el desprestigio y la perturbación á la administración de justicia. No basta que un hecho reúna las apariencias externas de un crimen: es preciso que esas apariencia entrañen además una violación moral de los deberes cuya transgresión la justicia castiga con una pena. Cualquiera que sea el daño que produzca y las formas alarmantes con que se ofrezca un hecho, será de todo punto injusticiable desde que su autor justifique que obró en cumplimiento de*

¹³⁵ SILVELA, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Madrid, 1879, p. 195.

¹³⁶ SILVELA, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España...Opus cit.*, p. 172.

*un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo. Es tan claro este punto, que ningún comentario es susceptible de derramar sobre él más luz que la desde luego su simple enunciación le presta.*¹³⁷

Por su parte, CASTEJÓN, apunta que *“Sería, en realidad, un contrasentido que el que obrase con arreglo a la ley infringiera el orden jurídico.”*¹³⁸

Como casos de aplicación de esta eximente, los autores citan ejemplos ya vistos en epígrafes anteriores, y así tenemos al general que *“al frente de un ejército, sabe de algunos soldados que le son traidores ó son espías del enemigo y los manda fusilar, indudablemente obra en ejercicio legítimo de un derecho”* También se considera que entra dentro de la órbita de esta eximente el verdugo que *“en el desempeño de su oficio y por cumplimiento de un mandato superior, en sentencia legítima de pena capital, dá muerte á un hombre en el cadalso.”*¹³⁹

GROIZARD añade a estas casos el del que comete delito de *“lesiones en que en el ejercicio legítimo de su derecho y para prenderle ó recobrar su propiedad ó ambas cosas, hiere al ladrón que lo acomete ó que huye con el fruto de su rapiña. La legitimidad intrínseca de un hecho hace imposible la existencia del delito, cualquiera que sean las circunstancias externas con que aquel aparezca rodeado.”*¹⁴⁰

Puede ser interesante para el estudio que estamos analizando la forma en que los tribunales aplicaban la eximente objeto de estudio. Por ello,

¹³⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo I. Salamanca, 1897, p. 278.

¹³⁸ CASTEJÓN, F. *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*. Volumen II. Editorial Reus. Madrid, 1926., p. 615.

¹³⁹ AZCUTIA, M. *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras... Opus cit.*, p. 149.

¹⁴⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado... Opus cit.*, p. 278.

reproducimos a continuación algunos casos, que, a modo de ejemplo, pueden servir para ilustrar esta cuestión.

Así, estaría exento de responsabilidad criminal por obrar en el ejercicio legítimo de un derecho el que labra unas tierras y se dispone a recoger la cosecha, al tener la posesión de dichas tierras desde tiempos inmemoriales, aunque otra persona crea que dichas tierras están enajenadas por el Estado, sin que por ello se cometa delito de hurto. (S. 10-02-1904). En el mismo sentido, tampoco comete delito de hurto, al quedar exento de responsabilidad por ejercicio legítimo de un derecho, el que corta y utiliza árboles pertenecientes a un monte público creyendo que eran suyos por haberlos plantado en un terreno que había tenido en posesión durante más de veinte años (STS 26-10-1907).

Igualmente VIADA, propone otros ejemplos clarificadores, y así cita el caso visto por el T.S. consistente en : *“A, heredero testamentario de B, esposa de C, solicita judicialmente la posesión de los bienes dejados por la misma, con cuyo motivo D, hermano de aquélla, presenta escrito en el mismo juzgado, oponiéndose a dicha pretensión, fundándose en que, <<por más que le era sensible expresarlo, la citada difunta había sido hasta su muerte una mujer adúltera, y su cómplice el expresado A, como á su tiempo probaría cumplidamente, siendo ésta, entre otras, una de las causas que invalidan las últimas voluntades, como la de que se trata>> y concluyó pidiendo que se denegara la posesión solicitada, jurando no proceder de malicia, en cuyo escrito se ratificó bajo juramento: ¿cabe calificar semejantes expresiones de delito de injurias, ó deberá ser procesado declarado exento de responsabilidad criminal en el ejercicio legítimo de un derecho?”*¹⁴¹ Si bien el Tribunal que falló la causa estimo que se había cometido un delito de injurias, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 14 de marzo de 1876, estimó que las expresiones estaban dentro del ámbito de aplicación de la eximente citada por cuanto *“el procesado, al ejercitar en un negocio civil el derecho de que se creía asistido, oponiéndose á la posesión de bienes dejados en testamento por su*

¹⁴¹ VIADA Y VILASECA, S. *Suplemento al Código Penal reformado de 1870*. Madrid, 1887, p. 177.

hermana al querellante, no tuvo más objeto que preparar una acción también civil y no el de injuriar”.

Por otro lado, es aplicable la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, al Agente de la Autoridad que dispara contra un individuo que se encontraba detenido y que pretendía fugarse, después de perseguirlo, sin que se detuviese pese a las conminaciones del agente (S. 4-04-1924).

También para este caso la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 1876 admite aplicar la eximente de obrar en cumplimiento de un deber al siguiente caso: *“Hallándose el Alcalde de un pueblo en compañía del Secretario del Ayuntamiento y varios vecinos en una casa, oyen la detonación de dos ó tres tiros ó cohetes disparados desde la casa de un vecino, y hacia el mismo sitio las voces de <<Viva Carlos VII>>, por lo que se dirigen á dicha casa, y como estuviese cerrada y su dueño se negase á abrirla á pesar de las intimaciones que se le hicieron, por disposición del Alcalde se echa abajo la puerta, penetran todos en la casa, donde no había más que las persona de la familia, apoderándose del dueño y le causan varias contusiones que curaron á los siete días, entregándole al Celador para que lo llevase á presencia del Gobernador: ¿podrá el Secretario alegar en su favor la exención de responsabilidad criminal que determina el caso 11 del artículo 8º del Código, porque al acompañar al Alcalde obró en cumplimiento de su deber?”*

En este supuesto, la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña, condenó al Secretario por los delitos de allanamiento de morada, detención arbitraria y lesiones, si bien el Tribunal Supremo en la resolución referida al principio, estimó que era aplicable la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, por cuanto *“el Secretario estaba obligado a auxiliarle como dependiente de la Autoridad e intervenir en la manera que lo hizo, y que en su consecuencia obró con la obediencia debida que la Ley exige para la exención de responsabilidad en el caso 11 del art. 8º del Código Penal.”*

Tal y como hemos apuntado en el apartado correspondiente al C.P. de 1848, éste mantenía todavía viejas formulaciones procedentes de las

denominadas “*leyes patrias*”¹⁴², en especial Fuero Juzgo, Partidas y Novísima Recopilación, que en algunos casos continúan en el Código de 1870, a imagen y semejanza que los Códigos de 1848 y 1850.

Así, el artículo 438 del texto de 1870 recoge la misma causa de exención de la responsabilidad criminal al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer le cause lesiones a ella o al hombre que haya yacido con ella, siempre que las lesiones no revistan carácter de graves, ya que de ser graves, sí constituiría delito de lesiones, que se regula en los artículos 429 a 437 del mismo texto penal.

Esta regulación es idéntica a la planteada en los Códigos penales de 1848 y 1850, y además su redacción viene a ser prácticamente la misma por lo que no vamos a reiterar su contenido.¹⁴³ Esta misma apreciación es la que refleja GONZÁLEZ y SERRANO¹⁴⁴, que al comentar la obra de Pacheco, únicamente añade que “*Siguiendo nuestro sistema, esto para nosotros es fruta prohibida, por más que quisiéramos que los derechos del esposo, y también de la esposa, quedaran más garantizados. Siempre las pobres mujeres son miradas con indiferencia por la ley, y el hombre no comete ningún delito aunque tenga un serrallo y desprecie é injurie á su legítima mujer, con tal que haga las cosas sin escándalo.*”

Se puede apreciar aquí la crítica que recibe el precepto en cuanto a la falta de igualdad por lo que hace al derecho del hombre y de la mujer, que como se ha visto en epígrafes anteriores no gozaba del mismo reconocimiento, desde tiempos muy antiguos.

Finalmente vamos a reproducir aquí los argumentos aducidos por dos comentaristas de la época en relación a esta figura.

¹⁴² Nombre que les da D. Manuel Azcutia cuando titula su obra de *La Ley Penal*, publicada en 1876.

¹⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 153-154. Vid. el contenido del Código Penal de 1870, artículos 429 a 438, vid. pp. 110 a 112, y los artículos 602 a 604 que regulan las faltas de lesiones.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco*. Madrid, 1870, pp. 288 y ss.

Comenzando por GROIZARD ¹⁴⁵, éste inicia el análisis del artículo 438 del C.P. de 1870, con una introducción premonitoria que adelanta cuál va a ser su postura, al decir: *“Bajo este epígrafe se ha escrito en el Código el artículo que inmediatamente vamos á comentar, cuyo objeto no es otro que apreciar en justicia y equidad la situación especial jurídica en que pueden encontrarse algunas personas que, por impulsos de nobles y poderosos sentimientos, dan la muerte en determinadas condiciones, ó causan lesiones á personas de quienes han recibido ofensas.”*

Efectivamente, el autor ofrece en las primeras páginas de su comentario un recital de artículos procedentes de Códigos penales de otros países, que recogen la misma figura. ¹⁴⁶ Ya en su comentario, el autor explica que, si bien muchos Códigos extranjeros han creído suficiente la redacción de sus circunstancias atenuantes, aplaude que el Código español sí lo haya hecho, pero criticando su redacción, al considerar que *“No estamos todavía en la Edad Media. La venganza privada no es un medio de contener, ni menos de castigar los delitos.”*

Con respecto a la aplicación de este precepto por la jurisprudencia, ÁLVAREZ CID ¹⁴⁷ ofrece algunos ejemplos, donde se puede observar de qué forma operaba, y así es necesario que la mujer sea sorprendida en el acto del adulterio, ya que aunque exista prueba de la infidelidad, si no existe esta sorpresa no se puede aplicar (Sentencias de 27 de junio de 1872, 10 de febrero de 1893 y 27 de abril de 1904). También se puede aplicar el precepto en el caso de que el marido sorprenda a su mujer con su antiguo criado, en una habitación, a oscuras y desnudos, con señales de haberse acostado en la cama que allí había (Sentencia de 23 de abril de 1902).

¹⁴⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado...Opus cit.*, pp. 578 y ss.

¹⁴⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado...Opus cit.*, pp. 578 y ss. Este autor cita preceptos similares en el Código de Francia (art. 324); Código de Bélgica (art. 413); Código de Méjico (art. 534, 554, 555 y 556); Código del Cantón de Tesino (art. 294.1°); Código del Cantón de Friburgo (art. 129); Código de la República de Chile (art. 10); Código de Paraguay (art. 198); Código de Portugal (art.372); Código de la República Argentina (art. 81) Código de Italia (art. 377) y Código de Colombia (art. 591).

¹⁴⁷ ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870*. Tomo II. Córdoba, 1908, pp. 215 y ss.

4.2.6.- El Código Penal de 1928.

Este texto era conocido como “Código gubernativo”, ya que el mismo no fue discutido en las Cortes, al estar suspendidas, sino en la denominada Asamblea Nacional, y fue duramente criticado por algunos autores.¹⁴⁸

Se produce en este Código un cambio en la redacción del precepto con respecto a los anteriores, ya que de la fórmula ya tradicional de “*obrar en el cumplimiento de un deber*”, respetada por todos los textos precedentes, se pasa a una nueva redacción que sustituye el término “**deber**” por la expresión “**precepto legal**”.

Artículo 61. “No delinquen:

1º. El que obra en cumplimiento de un precepto legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Podemos observar que existe en la redacción de este precepto otros cambios, además del término “*precepto legal*”, ya que el Código Penal de 1928 estructura las causas de exclusión de la responsabilidad de forma diferente a como lo habían hecho los Códigos anteriores.

El C.P. de 1928, regula la eximente en examen en el Capítulo II bajo el Título “*De la irresponsabilidad*”, el cual divide en dos Secciones.

Sección primera: Causas de inimputabilidad, artículos 55 a 57.

Sección segunda: Causas de justificación, artículos 58 a 61.

¹⁴⁸ PESINI PULIDO, Á., “El nuevo Código Penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1929, p. 322. El autor está muy en desacuerdo con la redacción de la graduación de la pena que hace el texto, hecho que puede comprobarse en sus palabras cuando dice: “*En el nuevo Código penal, se puede entender todo, por la sencilla razón de que no puede entenderse nada; mejor dicho, que sólo se entiende que no se entiende nada. No se puede negar habilidad a sus redactores; la habilidad de haberlo escrito en letra muy menuda, en un dialecto de un idioma oriental, colocando ese texto, así escrito, en lo más alto de la más alta torre romana. Eso, en el año de gracia de 1928, no tiene ya ninguna gracia. ¿Es esta la <<ley comprensible para todos, y fácilmente aplicable en la España del tiempo en que vivimos>>, como dice la exposición que precede al Decreto de aprobación?*”

En esta segunda sección es donde se incluye la legítima defensa (artículos 58 y 59), el estado de necesidad (artículo 60) y el cumplimiento de un precepto legal o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, así como la obediencia debida y la omisión por causa insuperable, (artículo 61).

Queda por tanto retocada la forma en que se había regulado en los inmediatos códigos penales anteriores las circunstancias eximentes, aunque su ámbito de aplicación queda prácticamente inalterado, a la vista de los comentaristas de la época, como se verá.

Dejando a un lado la forma de estructurar y ubicar las circunstancias que eximen de responsabilidad, interesa pasar ahora a valorar la nueva redacción que imprime el C.P. de 1928.

En cierto modo podríamos decir que el nuevo artículo es mucho más preciso que sus antecesores, ya que sustituye la expresión “*obrar en cumplimiento de un deber*”, por “*obrar en cumplimiento de un precepto legal*”, hecho que concreta mucho más a qué deber nos estamos refiriendo, ya que fue debatido por los autores si también entrarían dentro del ámbito del cumplimiento de un deber otro tipo de deberes no previstos en la ley, como por ejemplo el deber que nace de la letra de un contrato. A este respecto, la postura de JARAMILLO no deja lugar a dudas al decir que “*Con la nueva redacción quiere el Código terminar con las dudas acerca de cuál había de ser el deber en cumplimiento del cual se obraba. En efecto el deber a que se refería el número oncenno del artículo octavo del Código anterior, si bien llevaba supuestaza idea de acción conforme a la ley, sugería también a los sutiles la duda de si, además del deber legal, se comprendía también el deber moral que, sin repudiarlo la ley, no lo exigía taxativamente. Desde el momento en que ahora, para justificarse el agente, ha de obraren cumplimiento de un precepto legal no cabe ya alegar la moralidad de los deberes, propiamente dicha, aunque claro es que todo lo legal debe ser moral por origen remoto.*”¹⁴⁹

¹⁴⁹ JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*. Volumen I. Salamanca, 1928, p. 129.

En una primera opinión al respecto, el cambio de redacción del precepto podría restringir mucho la fuente legitimadora del deber o derecho que se debe cumplir, ya que si únicamente nos ceñimos a lo que la ley ordene, salvaguardando así el principio de legalidad, ¿cómo se articularía el cumplimiento de una orden de ejecución o de detención? Estas órdenes no son ley, aunque tienen su fundamento en una ley previa, pero sí que crean obligaciones en el funcionario que debe cumplirlas. Creo que estos puntos de vista son los que guiaron al legislador de 1932 a redactar el texto como en su formulación anterior.

Entrando a considerar de qué forma se articulaba la eximente, JIMÉNEZ DE ASÚA Y ANTÓN ONECA, al hablar de este precepto como causa de justificación, decían que *“cuando se obra en ejecución de una ley no se delinque. En esta fórmula se sintetizan realmente todas las causas de justificación que aquí estudiaremos. Toda regla jurídica, que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que a su nombre se realiza.”*¹⁵⁰ No hay nada nuevo en estas consideraciones, ya que habían sido ya expuestas por otros autores anteriores en el mismo sentido. Como ejemplo de ello podemos citar a VALDÉS RUBIO, que comentando el Código anterior de 1870, expresaba: *“Cuando la ley ordena que se ejecute algún hecho, no puede constituir delito el verificar aquella á que se está obligado, correspondiente sólo en Derecho constituyente determinar si la disposición legal es justa.”*¹⁵¹ Incluso remontándonos más todavía, esta idea ya era planteada en las leyes de Partida:

“Executioiuris non habet injuria”

Muy importante para este estudio es la reflexión que ANTÓN ONECA Y JIMÉNEZ DE ASÚA hacen al tratar la eximente contenida en el artículo 61 del

¹⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L / ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Parte General*. Nueva edición. Editorial Reus. Madrid, 1929, p. 311.

¹⁵¹ VALDÉS RUBIO, José M^a. *Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*. 4^a Edición. Tomo I. Madrid, 1909, p. 159.

Código Penal de 1928, cuando dicen que *“Es de tal modo evidente esto que parece casi superfluo hacerlo constar en un Código, a no ser <<per abundantiam juris.>>”*¹⁵²

Se trata de la primera referencia que hemos encontrado en relación a la necesidad de regular expresamente esta causa tan evidente de exclusión en un texto penal.

Otros autores en cambio se muestran en contra de que dicha figura se encuentre regulada en el Código Penal,¹⁵³ si bien, los que se han mostrado a favor de quede reflejada expresamente la eximente aluden a los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así opinan que la razón de ser de esta eximente radica en *“la existencia de un derecho o un deber superior y más poderoso que el derecho violado o el deber infringido por el delito.”*¹⁵⁴ Y añaden los autores, citando al Tribunal Supremo, que *“nadie obra en cumplimiento de un deber, sino dentro de la ley”* (Sentencia del TS de 12 de julio de 1872).

Como casos de aplicación de la eximente en el cumplimiento de un precepto legal, JIMÉNEZ DE ASÚA Y ANTÓN ONECA citan los siguientes: *“los registros de morada, los embargos, las detenciones, la ejecución de penas, las inspecciones autorizadas por los propios aduaneros, etc.”* Todas ellas realizadas por agentes de la Autoridad. También citan estos autores *“la violencia ejercida por particular sobre un delincuente detenido en el momento de cometer el crimen; el testimonio dado en juicio y que perjudica la fama de un hombre; el descubrimiento, en ciertas circunstancias de hechos amparados, de ordinario, por el secreto profesional, etc.”* Por lo que a las vías de hecho se

¹⁵² JIMÉNEZ DE ASUA, L / ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Parte General...Opus cit.*, p. 312.

¹⁵³ También se han pronunciado sobre este asunto JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*. Vol. 1. Salamanca, 1928, p. 9 y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo IV. Salamanca, 1897, p. 278.

¹⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, L / ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Parte General...Opus cit.*, p. 315; ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870...Opus cit.*, p. 79.

refiere, los autores aluden a diversos casos que consideran más usuales, como *“Un individuo que no es propietario ni poseedor de un terreno, siembra en él o cava una fosa; el dueño arranca las plantas sembradas o cierra la zanja; un caballo que pertenece a un hombre es retenido, sin derecho por su vecino; el propietario, sin allanamiento de morada y sin violencia, recupera la cabalgadura.”* En cuanto al derecho de corrección, se encuentran *“La facultad de educar y corregir, que pertenece a los padres sobre sus hijos, a los maestros sobre sus discípulos, y a los patronos sobre los aprendices, acaso reclaman el empleo de ciertos medios violentos, como azotes, encierros, etc, que serían delitos si no se practicaran por dichas personas y sobre aquellas a quienes tienen el derecho y el deber de educar y corregir.”*¹⁵⁵

A diferencia de lo que sucedía con los Códigos anteriores desde 1848, el Código Penal de 1928 no recoge como causa de exención de la responsabilidad, las lesiones causadas a mujer adúltera, si bien entre el articulado del texto hemos encontrado otras referencias de análogo significado.

Así, el artículo 535 establece que *“No están comprendidos en este artículo las lesiones que el padre o la madre o los abuelos causaren al hijo o nieto excediéndose en su corrección.”*

Lo que hace este artículo es dejar de aplicar las lesiones agravadas debido al sujeto activo que las comete, tal y como hace el precepto. Este artículo, si bien no se configura como una verdadera causa de exclusión de la responsabilidad, permite causar lesiones en el uso de un derecho, el de corrección, siempre que no constituya un exceso, pese a que las lesiones vienen reguladas en los artículos 530 a 535 del texto.

JARAMILLO opina que *“La jurisprudencia el Tribunal Supremo, en no pocas sentencias, ha declarado que la muerte dada al hijo por el padre excediéndose en su corrección, constituye el delito de parricidio por imprudencia temeraria, pero en la mayor parte de los casos hizo uso de la*

¹⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, L / ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Parte General...Opus cit.*, pp. 313 y 314.

*facultad que concedía el artículo segundo del Código de 1870 para solicitar al Gobierno la rebaja de la penalidad correspondiente.*¹⁵⁶

En este artículo se puede ver por primera vez que las lesiones causadas a los hijos por el padre o la madre, o a los nietos por los abuelos, no se consideran como agravantes, tal y como hace el precepto. Esto quiere decir que si un padre se excede en el derecho de corrección y causa unas lesiones no será circunstancia agravantes sino que se considerará el delito básico. Pero al mismo tiempo ¿qué ocurre con las lesiones que les causen en el ejercicio del derecho de corrección, sin que exista exceso? En este caso podría existir una causa de exclusión de la responsabilidad, aunque sea referida a una falta de lesiones. Este precepto será recogido en los Códigos Penales posteriores en unos términos similares, tal y como veremos.

Por lo que respecta a la idea global del Código de 1928, podemos decir que si bien sus redactores fueron duramente criticados, en cuanto a la figura objeto de estudio creo que hay algunos avances. Por ejemplo, el delito de adulterio desaparece del texto, circunstancia que será mantenida en el Código de 1932, y además no recoge ninguna causa de exclusión aparejada a un delito concreto, como se ha visto también que sucedía en Códigos anteriores.

Únicamente inicia la regulación del ejercicio legítimo del derecho de corrección, que si bien en textos previos había quedado relegada al Código civil, se retoman ahora en la redacción penal que perdurará hasta el C.P. de 1944.

¹⁵⁶ JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*. Salamanca, 1929, pp. 210-211. El artículo 2º del CP de 1870 dice: “*En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.*”

4.2.7.- El Código Penal de 1932

Con el advenimiento de la República se deroga el Código de 1928 y se vuelve a instaurar el de 1870 con reformas, y se completa con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

En 1932 se publica el CP armonizado con la C.E. de 1931, que supone el cambio de Monarquía a República, hecho que tendrá especial trascendencia en los artículos que hagan referencia a los vocablos “Reino”, “Corona”, “Rey”, etc, pero que no afecta a la figura objeto de estudio, que queda redactada como sigue:

-Artículo 8.11º: *“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”*

La poca incidencia que tiene esta nueva redacción para la figura que estamos analizando puede fácilmente comprobarse atendiendo a la redacción ofrecida por la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932, para la reforma del Código Penal de 1870, donde en su Base segunda queda claramente expresado que del artículo 8º, que recoge las circunstancias eximentes, únicamente afectará a su apartado 1º (enajenación mental y trastorno mental transitorio) y 8º (estado de necesidad), suprimiendo el apartado 13º, por “innecesario”.¹⁵⁷ Hay que recordar que el nº 13 del artículo 8 del Código Penal de 1870 regulaba la circunstancia eximente que decía: *“El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.”*

Vuelve por tanto la redacción anterior, tal y como constaba en el Código Penal de 1870, y situado en el mismo artículo y apartado que en dicho texto decimonónico.

Se retoma de esta forma el espíritu de la figura regulada en el texto de 1870, por lo que poco nuevo hay que decir de este precepto.

¹⁵⁷*Código Penal Español de 27 de octubre de 1932, Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932 para reforma del de 1870. 1ª edición. Editorial Reus. Madrid, 1933*

El Magistrado NÚÑEZ de CEPEDA dijo de esta eximente que *“Nadie obra en cumplimiento de su deber sino dentro de la ley; y nadie ejercita legítimamente un derecho, oficio o cargo, saliéndose de aquélla norma.”*¹⁵⁸

También se regulan en este Código las lesiones causadas en ejercicio del derecho de corrección, las cuales vienen exentas de pena en virtud de lo dispuesto en el artículo 423 *in fine*, cuyo tenor literal es idéntico al expresado en el artículo 535 del C.P. de 1928, y así, en la parte que nos interesa dice: *“No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que al hijo causare el padre excediéndose en su corrección.”*¹⁵⁹

CUELLO CALÓN ¹⁶⁰ explica que esta redacción no debe ser entendida como una causa de exclusión de la responsabilidad, ya que la exención únicamente afecta en cuanto a la agravación referida en el penúltimo párrafo del artículo. Efectivamente, ésta es la tesis mantenida en el epígrafe anterior, pero hay que tener en cuenta que el Código retoma una cuestión que ya fue debatida por cuanto el derecho de corrección pertenece a la esfera civil, y además al decir que no le afecta la agravación, lo hace siempre que sea excediéndose de su corrección, obviando lo que ocurre cuando se producen lesiones consideradas dentro de la órbita de la debida corrección. Para solucionar estas cuestiones no hay mejor lugar que la jurisprudencia, y así la aplicación práctica de este precepto nos deja algunos ejemplos en los Tribunales: no existe ningún tipo de lesión, cuando el padre después de darle un golpe a su hijo le causa una pequeña equimosis que no necesita asistencia facultativa (Sentencia de 13 de febrero de 1878).

¹⁵⁸ NÚÑEZ DE CEPEDA, H. *1870-Código Penal-1932. Comentario, jurisprudencia, tablas de penas*. La Coruña, 1932., p. 28.

¹⁵⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 138. Que transcribe la redacción del Código Penal de 1932.

¹⁶⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona, 1943, pp. 470 y ss.

4.2.8.- Anteproyecto de C.P. de 1938.

Después del Código Penal de 1932 se suceden algunos proyectos de Código penal que no llegan a aprobarse, pero que dan una idea de la evolución de la eximente objeto de estudio.

El primero de ellos es el Anteproyecto de Código Penal de 1938 de Falange Española Tradicionalista (FET) y de las JONS, que en palabras de CASABÓ es uno de los proyectos *“de mayor interés entre los formulados en época reciente”*¹⁶¹, el cual se publica en Salamanca en 1938, en plena guerra civil española, y que en palabras de este autor *“pese a su apariencia clásica constituye en intento más revolucionario y original de la codificación penal reciente sobre todo por lo que se refiere a la parte general, pues trata de romper todos los principios liberales, incluso los considerados esenciales como el de legalidad, y en estos planteamientos ha tenido influencia decisiva la doctrina de Castejón.”*¹⁶²

Efectivamente, su redacción se debe a Castejón y a Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, organismo que tenía legitimación para emitir proyectos de ley, ya que el Ministerio de Justicia no se crearía hasta enero de ese año 1938.

En el sentido de lo que hemos apuntado al principio, el artículo 1º del anteproyecto suprime el principio de legalidad al establecer que *“Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley y los actos enteramente asimilables a ellas.”*¹⁶³ Esta circunstancia es muy importante y en palabras de CASABÓ, el principio de legalidad penal *“se abandona por primera vez en la historia de la codificación penal española.”*¹⁶⁴

¹⁶¹ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* Universidad de Murcia, 1978, p. 2.

¹⁶² CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S... Opus cit.*, p. 4.

¹⁶³ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S... Opus cit.*, p. 51.

¹⁶⁴ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S... Opus cit.*, p. 5.

Las consecuencias de esta redacción es que permite a los jueces crear delitos que no estén regulados como tal en el Código Penal, con la gravísima sensación de inseguridad jurídica que ello provocaría, pero además, y para el estudio que estamos realizando, hace que la eximente de obrar en el cumplimiento del deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, quede regulado por la ley penal o por los jueces.

Igualmente, el Anteproyecto de Código Penal de 1938 regula las circunstancias eximente en el artículo 8º, que abre el Capítulo II que lleva por título *“De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”*, integrado en el Título I, *“De los delitos y las faltas y de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, la atenúan o la agrava.”* El artículo 8º comienza diciendo *“Están exentos de responsabilidad criminal pero quedan sometidos a medidas de seguridad:”*, pasando a continuación a enumerar 11 supuestos de eximentes, entre las que, paradójicamente no se encuentra la eximente que estamos estudiando.

En efecto, la eximente objeto de estudio se encuentra regulada en el último párrafo del artículo 1º, cuya redacción es la siguiente:

“Art. 1.- Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley y los actos enteramente asimilables a ellas. Las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. En ningún caso engendra responsabilidad penal ni civil el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

En coherencia con lo visto hasta ahora en cuanto a la novedosa redacción del Anteproyecto, pueden extraerse algunas consecuencias, que afectan al estudio de la figura objeto de este trabajo.

1º.- En relación a la desaparición del principio de legalidad penal: si el principio de legalidad se diluye, la fuente legitimadora de la eximente de cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que es la ley, compartiría protagonismo con la consideración de los jueces, que podrían crear delitos nuevos al amparo del artículo 1º.

2º.- En relación con la regulación del artículo 8º, que deja la posibilidad de imponer medidas de seguridad aunque sea de aplicación una eximente: si una persona queda exento de responsabilidad penal al serle de aplicación una de las circunstancias expresadas en el artículo 8º, pero puede ser sometido a medida de seguridad, podemos afirmar que dicha circunstancia llamada eximente no actúa verdaderamente como tal.

3º.- La regulación en el artículo 1º, in fine, de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que excusa de responsabilidad penal y civil a la persona que actúe bajo su ámbito de aplicación, supone que en el Anteproyecto de Código Penal se configura como la única circunstancia eximente, entendida en los términos actuales, regulada en el texto.

Esto mismo es lo que opina CASABÓ, cuando dice que *“En realidad en sentido estricto únicamente solo es la de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo que sorprendentemente se recoge en el último párrafo del artículo 1º[...] Esta regulación en principio tan disparatada, podría considerarse expresión de la postura preventiva llevada a sus últimas consecuencias.”*¹⁶⁵

En mi opinión, la situación política en la que se publica el texto y la identidad del organismo que lo redacta pueden dar una idea de los motivos de dicha redacción, ya que de esta forma la actuación de las fuerzas militares y

¹⁶⁵ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S... Opus cit.*, pp. 11-12.

policiales tendrían un gran margen de maniobra para actuar en interés del gobierno.

Por otro lado, el Anteproyecto posee otras referencias relativas a exenciones de la responsabilidad. Así en el artículo 398 *in fine* podemos leer “No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que al hijo causare el padre excediéndose en su corrección.”¹⁶⁶

Igualmente y de forma muy similar a la recogida por Códigos anteriores, el artículo 407 regula la exención de responsabilidad criminal al cónyuge que sorprenda en adulterio a su consorte y le mate a este o al adúltero. Tal como tiene asignada únicamente pena de destierro, al igual que ocurría en redacciones anteriores, pero queda exento de pena si causa lesiones que no sean graves.¹⁶⁷ El precepto es restablecido ya que no se recogía en los Códigos Penales de 1928 y 1932, y su antecesor inmediato hay que situarlo en el artículo 438 del Código Penal de 1870. Hay que significar sin embargo, que este precepto varía con respecto a los anteriores, pues ya no habla del marido

¹⁶⁶ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S...Opus cit.*, p.p. 134. El artículo 398, es uno de los artículos que regula el delito de lesiones, cuyo tenor literal es: “El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como reo de lesiones graves: 1º. Con la pena de presidio, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente o ciego. 2º. Con la de prisión, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo o algún miembro principal o hubiere quedado impedido de él o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado. 3º. Con la pena de prisión, si de resultas de las lesiones o ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro principal o quedado inutilizado de él o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días. 4º. Con la de encarcelamiento si las lesiones hubieran producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 386 o con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 387, las penas serán la de reclusión, en el caso del número 1º de este artículo; la de presidio, en el caso del número 2º; la de prisión en el caso del número 3º, y la encarcelamiento, en el caso del número 4º de mismo.

No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que al hijo causare el padre excediéndose en su corrección.”

¹⁶⁷ CASABO RUIZ, J. R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S...Opus cit.*, p. 137. El artículo 407 del anteproyecto dice así: “El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte matare en el acto a este o al adúltero o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas y sus corruptores mientras aquéllas vivieren en casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas.”

que sorprende a su mujer, sino que habla de cónyuge y consorte, lo que da a entender que da protagonismo tanto al hombre como a la mujer.

No obstante, CASABÓ, critica duramente el texto al decir que: *“De acuerdo con el pensamiento de corte nazi, por responder a la íntima contextura del carácter español, se establece la pena talional para el juez prevaricador [...], la venganza de la honra por el cónyuge o padre agraviado”*¹⁶⁸

Además, como dice CASABÓ, esta redacción *“beneficia a los padres respecto de las hijas que convivan con ellos aunque hayan sobrepasado los 23 años, límite establecido en el de 1870.”*¹⁶⁹

4.2.9.- Proyecto de Código Penal de 1939.

Este Proyecto nace una vez finalizada la Guerra Civil española, ante la necesidad de adaptar los preceptos del texto al nuevo Estado surgido de la contienda.

En la exposición de motivos del proyecto ya se dice que no se trata de un Código nuevo, sino *“una ley de transición, de carácter provisional, encaminada a adaptar la legalidad vigente en el campo de la justicia criminal al régimen político del Nuevo Estado.”*¹⁷⁰

Según CASABÓ, contiene claras influencias de los Códigos de 1848 y 1850, pero en especial del Código Penal de 1932, aunque la exposición de motivos del Proyecto, afirma lo contrario: *“No se crea por ello que este cuerpo legal sea una mera reforma más o menos intensa, del Código de 1932”*, aunque realmente es fácilmente comprobable que el Proyecto copia muchos artículos del Código de 1932 de forma literal.

¹⁶⁸ CASABO RUIZ, J. F. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S... Opus cit.*, p. 10.

¹⁶⁹ CASABÓ RUIZ, J.R. Proyecto de 1939... *Opus cit.*, p. 34.

¹⁷⁰ CASABÓ RUIZ, J.R. Proyecto de 1939... *Opus cit.*, p. 30.

Por lo que a la figura objeto de este estudio se refiere, no existe mucha diferencia con redacciones de Códigos anteriores, y así el artículo 9.11º establece que está exento de responsabilidad criminal:

“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Podemos comprobar en cambio que sí que existen importantes modificaciones con respecto a la redacción efectuada por el anteproyecto de 1938, en los siguientes aspectos:

- a) El artículo 9º comienza diciendo *“Están exentos de responsabilidad criminal.”*, sin que se diga nada acerca de las medidas de seguridad, que sí recogía el Anteproyecto anterior.
- b) La eximente está contenida en el apartado 11º del artículo 9, integrado en el Capítulo II, del Título I del Proyecto, por lo que su ubicación es diferente a la anterior, pero coincidente con la mayoría de Códigos anteriores, manteniendo la sistemática de estos textos decimonónicos.

Al hilo de lo dicho hasta ahora en relación a las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, hay que reproducir lo afirmado en la Exposición de motivos del proyecto, en cuanto a que *“Con el fin de corregir imperfecciones, se ha modificado la errónea conformación de las eximentes de sordomudez y estado de necesidad y se han introducido con el mismo fin algunas otras modificaciones de menor importancia.”*¹⁷¹

Efectivamente estas correcciones que el propio texto califica de *“menor importancia”* consisten en suprimir la aplicación de las medidas de seguridad a los que estén exentos de responsabilidad conforme a dichas causas, y cambiar de ubicación a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, o ejercicio

¹⁷¹ CASABÓ RUIZ, J.R. *Proyecto de 1939... Opus cit.*, p. 32.

legítimo de un derecho, oficio o cargo, llevándola donde debe estar que es en el artículo de eximentes.

Por otro lado, por lo que respecta al delito de lesiones realizado por el padre contra su hijo en el ejercicio del derecho de corrección, hay que decir que el proyecto de 1939 mantiene en su artículo 403 idéntica redacción a la vista en el artículo 423 del Código de 1932, comprobándose así la clara influencia de este Código en la redacción del Proyecto.

4.2.10.- El Código Penal de 1944.

El Código Penal de 23 de diciembre de 1944, tal y como expresa CASTEJÓN, *“se ha de considerar como obra enlazada con la tradición española, en cuanto constituye una refundición del Código de 1932, reforma a su vez del de 1870, y éste del de 1848, pero totalmente desligada de los anteproyectos de 1938 y 1939, a los que no sigue en ningún respecto.”*¹⁷²

Efectivamente, Franco mantiene en vigor el CP de 1932, aunque lo modifica en algunos puntos, ya que en palabras del autor de dicha reforma, señor AUNÓS, *“el Código vigente estaba lleno de contradicciones con el sentido social, moral y político de España creado como consecuencia del Alzamiento nacional así como reñido con las más hondas preocupaciones del actual Estado español.”*¹⁷³

Pese a esta reforma, se dictan una serie de leyes penales especiales como complemento del mismo, que se clasifican de la siguiente forma¹⁷⁴:

¹⁷² CASTEJÓN, F., “Génesis y Breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1945, p. 172.

¹⁷³CASTEJÓN, F., “Génesis y Breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944”... *Opus cit.*, p. 173.

¹⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, pp. 1173 y ss. Según estos autores, dicha clasificación corresponde a ANTÓN ONECA, J.

- A) Leyes que intensifican o aseguran la represión: Ley de 5 de julio de 1938, restableciendo la pena de muerte en el CP común.
- B) Leyes relativas a la vida económica
- C) Leyes relativas a la protección moral y de la familia
- D) Disposiciones que continúan la dirección preventiva o individualizadora.

Pero al mismo tiempo, también se dictaron leyes que eximían de todo reproche penal a las conductas realizadas por los “vencedores” del Movimiento, entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936, como la Ley de 8 de mayo de 1939 y Ley de 23 de septiembre de 1939 y Orden Ministerial de 8 de febrero de 1944.

Posteriormente se publica en Código Penal de 1944, y aunque en la elaboración del proyecto final hubo discusión en algunas causas de exención de la responsabilidad criminal como la minoría de edad y el estado de necesidad, nada se dice acerca de la eximente objeto de estudio en este trabajo, que mantiene intacta la figura objeto de estudio, cuya redacción es la siguiente:

-Artículo 8.11^o: *“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”*

Vemos que se mantiene la redacción del Código Penal de 1932, incluso su previsión en el artículo 8.11^o. Así mismo el artículo se encuentra situado en el Capítulo II del Título I, cuya redacción de los mismos recuerda los textos de 1848, 1850 y 1870.

Existen sin embargo algunos estudios posteriores, realizados en 1973 por FAIRÉN GUILLÉN¹⁷⁵, en los que se analiza precisamente una Ley de

¹⁷⁵ FAIRÉN GUILLÉN, V. *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*. Base 5^a, Valencia, 1973, pp. 96 y ss.

Bases de reforma del Código Penal de 1944 que afecta a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En este estudio se hace mención a la “Exposición” de la Base quinta, que recoge la eximente referida, y en relación con lo cual se plantean varias cuestiones importantes:

1º: En el número 6 de la Base se exige que el cumplimiento del deber sea exclusivamente el deber legal, por lo que se propone añadir el término “*impuesto o reconocido por la ley*”, con el fin de eludir problemas.

FAIRÉN estima que no puede decirse que únicamente sea un deber legal el que ha de ser cumplido, ya que también puede exigirse el cumplimiento por disposiciones de rango inferior a la ley e incluso contrarias a la Constitución.

2º: La Base quinta pretende cambiar los términos “*oficio o cargo*” por “*profesión o actividad*”, ya que según los redactores de la base son más actuales y de contenido semejante.

Igualmente FAIRÉN está en total desacuerdo ya que “*pueden no ser semejantes –y la semejanza, como la analogía- deben ser rechazadas*”

En cuanto al **fundamento** de la figura, FERRER SAMA, considera que “*no pudiendo existir, pues, contradicción entre la norma jurídico-penal y las restantes normas integrantes del total ordenamiento jurídico, es evidente que lo que está ordenado o autorizado por alguna de estas normas no puede dar lugar a responsabilidad criminal, y este principio es el que viene a ser reconocido de manera expresa por el apartado que vamos a comentar.*”¹⁷⁶ Aquí es importante subrayar cuando dice “viene a ser reconocido de manera

¹⁷⁶ FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Murcia, 1946, p. 236.

expresa”, ya que al incidir en este punto está indicando en cierta forma la conveniencia de que así ocurra.

En el mismo sentido que FERRER SAMA, SÁINZ CANTERO se hace eco de las ideas del primero y expresa su opinión sobre el fundamento de la figura, sosteniendo que se trata del “*principio del interés preponderante*”.¹⁷⁷ Mantiene este autor que el ordenamiento jurídico impone a determinadas personas deberes jurídicos que constituyen ilícitos penales, pero al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico, que posee las cualidades de unidad y coherencia, impone el deber de cometer esas infracciones. Se crea así una tensión o una lucha de deberes o intereses, que se resuelve aplicando el deber más fuerte que la propia ley determina, al considerar lícito ese deber.

Encontramos aquí la explicación que el autor ofrece en cuanto a lo que podría considerarse la base de por qué motivo debe estar expresada esta eximente en el Código Penal, ya que, al igual que establece el Código, el ilícito cometido en un principio, debe ser expresado también por la ley la exención de dicho ilícito, tanto si es por el cumplimiento de un deber como en el ejercicio de un derecho.¹⁷⁸ Esta es la idea que pervive en las palabras de QUINTANO RIPOLLÉS, cuando dice que “*una cosa es dañar por derecho y otra por deber; aunque en ambos supuestos se admita la licitud del hecho, en el segundo es todavía más categórica dicha cualidad, ya que de no ejecutarse el acto, entrañaría a su vez, casi siempre otro delito.*”¹⁷⁹ Si bien el autor está considerando la diferencia entre ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber, dándole mayor predominio al segundo, está al mismo tiempo justificando los actos realizados ejerciendo un derecho.

QUINTANO, por un lado, apoya la tesis de los autores que tachan de innecesaria la figura, y al mismo tiempo justifica su existencia, cuando dice que

¹⁷⁷ SÁINZ CANTERO, J. A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bosch. Barcelona, 1990, p. 580.

¹⁷⁸ CARBONELL MATEU, J. C. *La justificación penal... Opus cit.*, pp. 43 y ss. Este autor analiza detalladamente la teoría del principio de ponderación de intereses.

¹⁷⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*. 2ª edición. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1966, p. 136.

“el precepto número 11 del artículo 8º, no merece, aunque no sea necesario en absoluto, las acerbas críticas de superfluidad que suelen dirigirse los comentaristas”, para continuar diciendo, que “es cierto que, en un sentido de estricta aplicación de la definición de infracciones del artículo 1º del Código penal, casi todas las eximentes, y no solo ésta, resultarían innecesarias, ya que en las más justificadas es obvio que no existe una voluntad maliciosa de vulnerar la Ley.”¹⁸⁰

En cuanto al **ámbito de aplicación** de la eximente, FERRER SAMA, al tratar la cuestión del ejercicio legítimo de un derecho argumenta que dicho derecho es un *“derecho subjetivo”*, y ello en base a que si normalmente la fuente originadora de derechos será la propia ley, cabe también la posibilidad de que la fuente sea la costumbre o un contrato privado, surgiendo así dicho derecho subjetivo. Y ello pese a que cada día se alega, como dice, *“con mayor firmeza el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, las restantes fuentes del Derecho pueden influir de manera indirecta en la configuración de la responsabilidad penal.”¹⁸¹*

Este autor finaliza admitiendo que lo importante no es la fuente legitimadora del derecho, sino que dicho derecho exista. Ya se ha visto en epígrafes anteriores que no es conveniente establecer como única fuente legitimadora a la ley, ya que en estos casos quedarían fuera del ámbito de la eximente situaciones como las vistas anteriormente de cumplir con lo ordenado en una resolución judicial, que no es una ley, aunque derive de una ley, o cumplir con lo dispuesto en un contrato totalmente legal.

¹⁸⁰QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 136; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 1187. Asimismo el artículo 1º del Código de 1944 a que hace referencia dice: *“Art. 1º. Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Le. Las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.”*

¹⁸¹FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Primera edición. Murcia, 1946, pp. 239-240.

Por citar algún ejemplo práctico, el Tribunal Supremo aplicó la eximente contenida en el artículo 8.11º al guardia de Asalto que dispara a una persona que huye pese a haberle dado el alto, después de que el agente oyera que dicho individuo portaba armas (STS 22 enero 1943). El Tribunal justifica esta postura debido a que el agente tenía el deber de dar el alto, añadiendo a éste la orden superior de cachear, y la violencia utilizada fueron baremadas en función del tiempo (era medianoche), lugar donde ocurren los hechos (vía pública), y actitud del fugado (presumir de portar armas). No aplica, en cambio, la eximente, al policía que dispara a una persona ebria que retrocedía manoteando para evitar los golpes que el agente le estaba dando (STS 6 febrero 1945), razonándola en base a que ni el cargo del agente, ni la existencia de ninguna obligación, le animaban a emplear medios violentos con una persona ebria.

También el Código Penal de 1944, al igual que otros textos anteriores, recoge en el artículo 428¹⁸² la exención de pena para el marido que lesione a la mujer adúltera o al hombre que haya yacido con ella, siempre que dichas lesiones no sean graves, redacción esta que guarda similitud con el ejercicio de un derecho, ya que el homicidio, también regulado en este precepto, aunque exigua, lleva aparejada una pena y no puede considerarse como excusa. Abandona en esta ocasión los términos “consorte” y “cónyuge”, y su idea es muy parecida a la de los textos anteriores.

Por otro lado, el artículo 420 del Código Penal de 1944, repite la redacción del artículo 403 del Proyecto de 1939, el artículo 398 del Proyecto de 1938, y los artículos 423 y 535 de los Códigos Penales de 1932 y 1928 respectivamente, en cuanto a la siguiente referencia: *“No están comprendidos en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose*

¹⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 119. El artículo 428 del Código Penal de 1944 establece: *“El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas y sus corruptores mientras aquéllas vivieren en casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas.”*

en su corrección.”¹⁸³ Como se ve, permanece esta figura que se articula de igual forma que en textos anteriores.

Sin embargo, en relación a estas circunstancias, algunos autores han visto sendas “*excusas absolutorias*”¹⁸⁴, alegando que “*como la corrección con exceso por parte de un padre ni es educativa, ni puede justificarse en ningún caso, entendemos que este párrafo final del artículo 420 debía desaparecer tal como está.*”

Otro tanto estiman estos autores con respecto al artículo 428 CP 1944, al decir que “*Nos parece equivocada la admisión de esta excusa, que hace retroceder el Derecho penal a los tiempos remotos de <<la faida>>*”.

4.2.11.- Proyectos de Código Penal posteriores al C.P. de 1944:

El Código Penal de 1944, fue reformado en numerosas ocasiones, hasta llegar al Texto Refundido de 1973, pero todas ellas (en más de 20 ocasiones), siguen recogiendo la figura objeto de este estudio sin ninguna modificación.

Posteriormente, la redacción de la eximente en el Texto Refundido de 1973 (Decreto 3096/1973), conforme a la ley 44/1971, de 15 de noviembre, permanece idéntica en su artículo 8.11^o, y además coincide plenamente con la redacción actual.

Lo mismo se puede decir de los Proyectos y Anteproyectos de Código penal habidos después del texto de 1973, que recogieron dicha eximente en los mismos términos expuestos hasta ahora, como veremos a continuación, tomando como referencia los más importantes:

¹⁸³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles...Opus cit.*, p. 179, referido al Código Penal de 1944.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ-TEJERINA, I. *Derecho penal Español. Parte Especial: los delitos y las faltas en particular y sus penas*. Obra ajustada al Código Penal Texto Refundido de 1944. Tomo II. Donativo a la facultad de Derecho de Valencia por D. Vicente Iborra Gil en 1973-74. 5ª edición, 1950, pp. 238 y ss.

- Proyecto de 1980:

El art. 26.9 del Proyecto de Código Penal de 1980, está incluido dentro del Capítulo III, cuyo título es *“De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal”*, el cual a su vez forma parte del Título I del Proyecto, y cuya redacción es la siguiente:

“Art. 26

Están exentos de responsabilidad criminal:

9º. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Por su parte, en la Exposición de Motivos del propio Proyecto, resulta muy tajante en cuanto a la regulación de la eximente reproducida más arriba, cuando dice que: *“Por último, la obediencia debida y el ejercicio de derechos (o correlativo cumplimiento de deberes) quedan también intocadas en su lapidaria fórmula hasta ahora vigente con manifiesta suficiencia.”*¹⁸⁵

Al Proyecto de 1980, le siguen otros, como la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, el Anteproyecto y Proyecto de CP de 1992, y el Anteproyecto y Proyecto de CP de 1994. En todos ellos la figura objeto de estudio permanece inalterada.

Así la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, viene regulada en el art. 22.9 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, art. 19.8 del Proyecto de Código Penal de 1992, art. 21.7º del Proyecto de Código Penal de 1994.

Por último, la eximente analizada en este trabajo viene recogida en el artículo 20.7º del Código Penal de 1995, con la redacción ya vista, que no ha variado con las numerosas reformas que ha sufrido este último texto penal.

¹⁸⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 108-I. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de fecha 17 de enero de 1980.

5.- Conclusiones.

Hasta aquí he tratado de exponer cuál ha sido la evolución legislativa de la exigente de obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, a lo largo de los años. Del estudio de dicha evolución he podido extraer algunas conclusiones que paso a exponer a continuación:

1ª.- Partiendo de la redacción actual de la exigente, y su ubicación en el artículo 20.7º del Código Penal, se puede decir que esta forma de regular las circunstancias eximentes en un único artículo con aplicación general, tiene su primer antecedente en el Código Penal de 1848, ya que en nuestro primer texto penal codificado, que no es otro que el Código Penal de 1822, no se recogieron de forma conjunta estas causas.

2ª.- Hasta la codificación penal del siglo XIX, las leyes existentes no regulaban de esta forma las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, ya que se aplicaban directamente al delito concreto al que afectaban. Por tanto, desde los primeros textos de contenido penal hasta el C.P. de 1822, la causa de exclusión de responsabilidad penal se introducía junto a la figura delictiva concreta, como se ha podido ver en los primeros textos conocidos (Código de Hammurabi o Derecho hebreo), así como en el Derecho romano y en el Derecho musulmán. Esta formulación continuará de la misma manera en nuestras "*leyes patrias*" como el Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Partida y Novísima Recopilación.

3ª.- Pese a que los primeros textos penales codificados surgidos de ideas "ilustradas" contenían un precepto que de forma concreta regulaba las circunstancias eximentes, esas antiguas redacciones expresadas junto a delitos concretos persistirán en casi todos los Códigos Penales del siglo XIX y XX, creándose así una forma mixta de regulación: por un lado se contiene un precepto que detalla cuáles son las causas de exclusión de la responsabilidad y por otro lado se prevé expresamente la aplicación de estas causas a preceptos concretos.

4ª.- Entre los casos concretos que llevaban aparejada la exclusión de responsabilidad criminal se pueden citar los siguientes:

- El homicidio de los adúlteros: Desde los primeros textos conocidos, el homicidio de la mujer adúltera y del hombre que yacía con ella, se configuraba como un derecho del padre, marido, o hermano. En un principio, esta regulación que en cierta manera podría asimilarse al ejercicio legítimo de un derecho, estaba exenta de pena. Fueron los primeros textos codificados los que impusieron pena de destierro al que cometiese dicho delito, pero seguía dejando sin castigo las lesiones no graves causadas contra dichos adúlteros. Su fundamente radica, según se ha podido ver, en que al sorprender a los adúlteros se producía un arrebató o estímulo tan poderoso, que dejaba sin voluntad ni libertad a la persona que lo cometía, siendo por ello dispensado.
- El homicidio o las lesiones del ladrón nocturno: al igual que ocurrió con la figura anterior, en los primeros textos de nuestro Derecho histórico, estaba permitido el homicidio del ladrón nocturno, sin que por ello se impusiese pena alguna. Fueron también los primeros textos codificados los que terminaron con esta redacción. Sobre esta cuestión se ha debatido mucho, sobre todo en la medida en que permitía, en un principio, que la muerte se provocara incluso sin que hubiese habido riesgo para la vida del homicida exento.
- Las injurias a los hijos: Esta causa de exclusión estuvo presente únicamente en el primer texto penal de 1822, y desapareció de forma definitiva a partir del siguiente texto penal de 1848.
- Las lesiones a quién se encuentra “a nuestro cargo”, en uso del derecho de corrección: En este caso sin embargo, las primeras redacciones vienen establecidas en el Código Penal de 1928, continuando hasta el texto de 1944 que la seguía manteniendo.

En relación a estas dos últimas cuestiones, la base para dicha regulación está en el omnipotente poder que los padres poseían con respecto a los que debían conducir, dirigir y corregir.

Todas estas causas de exclusión de la responsabilidad aplicadas a figuras delictivas concretas guardan cierta similitud con el ejercicio legítimo de un derecho, ya que todas ellas consisten en un derecho que se puede ejercitar o no, estando excluidas de pena en el primer caso.

5ª.- En cuanto a la redacción de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, en los distintos textos penales codificados, cabe subrayar lo siguiente:

- Nuestra primera codificación penal se sitúa en el Código Penal de 1822, que si bien no recoge la figura en examen, sí que posee algunos preceptos novedosos y con una clara vinculación a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Así, el artículo 624 de este texto permite la muerte del autor de un delito grave contra la causa pública, o se resista a la detención o que huya, siempre que dicha acción se efectúa con proporcionalidad. Aunque en estos casos se plantea como un derecho del ciudadano, guarda una gran similitud con los supuestos que abordaremos referidos al deber del agente policial ante idénticos supuestos.
- El primer texto penal que lo introduce con un significado como lo entendemos hoy, es el Código Penal de 1848, que supuso una novedad en la época puesto que pese a que la redacción del texto tuvo influencias de otros Códigos como el brasileño, o el italiano, éstos no recogían esta figura. Hay que decir sin embargo que si bien el CP 1848 se considera como un texto progresista también es cierto que todavía contiene reminiscencias del pasado como se puede apreciar en la regulación sobre el adulterio. El CP de 1848 introdujo el término “*autoridad*”, que fue suprimido del texto de 1870, siendo esta redacción la que ha

permanecido hasta la actualidad, con excepción del Código Penal de 1928.

- Efectivamente el C.P. de 1928, cambió el término “*cumplimiento de un deber*”, por “*cumplimiento de un precepto legal*”. Esta nueva redacción, como ya he apuntado, dejaba fuera del ámbito de aplicación de la exigente muchos supuestos que con la vieja formulación estaban perfecta y debidamente cubiertos. En cualquier caso, dicha redacción volvió a su formato original en el Código siguiente, el de 1932.

Por lo demás, el tenor literal ha permanecido inalterado y recogido en todos los textos penales a excepción del Código de 1822, y con algún cambio de ubicación en los Proyectos de Código Penal de 1938, que la sitúa en su artículo nº 1.

A modo de colofón, es interesante mencionar que, como se ha dicho, los Códigos de 1848, 1870 y 1932 pueden considerarse progresivos en sus respectivas épocas, y en contrario, los Códigos de 1928 y 1944, deben estimarse regresivos en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona. Hay que decir también, que el carácter que se imprime en la redacción de cada texto penal está influenciada por la época en la que surge al igual que ocurre con las diferentes Constituciones que a lo largo de los años han ido aprobándose hasta llegar a la CE de 1978.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Un análisis de la evolución y contenido de las diferentes Constituciones que han regido en nuestro país puede verse en ATTARD ALONSO, E. *El constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*. Valencia, 1988.

CAPÍTULO II – ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

CAPÍTULO II – ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.

SUMARIO

1.- Cuestiones preliminares

1.1.- Breve referencia a la evolución de las fuerzas policiales en España desde 1844.

1.2.- Conceptos de orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana.

1.3.- Funciones encomendadas a las FCS. El principio de habilitación legal para el cumplimiento del deber.

1.4.- Uso de la coacción y violencia como monopolio del Estado ejercidas a través de las FCS.

2.- Evolución de las normas reguladoras del uso de la fuerza policial desde mediados del siglo XIX en España hasta la regulación actual.

2.1.- Reglamento para el Servicio de la Guardia Civil aprobado por Real Decreto de 9 de octubre de 1844 y Cartilla del Guardia Civil, aprobada por Real Orden de 20 de diciembre de 1845.

2.2.- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

2.3.- Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE nº 182 de 31-07-1959), y su precedente la Ley de Orden Público de 1933.

2.4.- Ley 55/1978, de 4 de diciembre de Policía.

2.5.- Real Decreto-Ley 3/1979, de 28 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

2.6.- Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, sobre los principios básicos de actuación a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

2.7.- Instrucción de 14 de abril de 1983 de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3.- Escueta mención a la naturaleza de la antijuridicidad y de las causas de justificación. Posicionamiento previo.

4.- Obrar en cumplimiento de un deber Versus ejercicio legítimo del cargo.

CAPÍTULO II - EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

1.- Cuestiones preliminares.

1.1.- Breve referencia a la evolución de las fuerzas policiales en España desde 1844.

Como ya se ha reiterado, el objeto de este trabajo se cifra en la delimitación del ámbito de operatividad de la causa de justificación de obrar en el cumplimiento de un deber por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que responde a la idea obvia de que quien actúa en el cumplimiento de un deber no puede estar realizando al mismo tiempo un acto contrario a Derecho. Es por ello que considero necesario, como cuestión previa,, y de forma breve, concretar de qué modo han evolucionado algunos aspectos relacionados directamente con la figura objeto de este estudio y a los que me voy a ir refiriendo a lo largo del mismo, lo que redundará, según creo, en una mejor comprensión de este estudio. En primer lugar, aludiré a las distintas personas a las que el Estado ha dotado en algún momento de competencias en materia de seguridad pública, hasta llegar al modelo policial diseñado actualmente. Seguidamente, trataré de explicar la evolución que han seguido y las consecuencias que han proyectado los conceptos de orden público, seguridad pública y el moderno concepto que se utiliza hoy en día de seguridad ciudadana. A partir de estos mimbres, solo quedará hablar de forma genérica del fundamento en que descansa el posible recurso a la coacción o violencia por las fuerzas policiales en el marco de las funciones atribuidas a estos agentes por las leyes, y que en determinados supuestos y con unos requisitos muy concretos, las consecuencias de la utilización de esta fuerza quedarán exentas de reproche penal, tal y como se verá de manera detallada en posteriores capítulos.

En relación a la primera de las cuestiones apuntadas, hay que decir que la **situación de los Cuerpos policiales en España** ha sido a lo largo de la

Historia, muy dispersa y variada, y evidentemente no es un tema que pueda tratarse aquí con exhaustividad al no ser el objeto directo de este estudio.

Como punto de inicio, pueden recordarse las palabras de JIMÉNEZ DE SANDOVAL, a tenor de las cuales, *“una de las mas importantes obligaciones á que desde su principio tuvieron que atender las sociedades fué la de velar por los intereses y el bienestar común, protegiendo á los buenos, á los débiles y desvalidos, contra las asechanzas y la violencia de los malos, ó lo que es igual, á esa parte del derecho público llamada, aunque no siempre con igual acepción, Policía, pues unas veces parece significó todo lo referente al derecho general, y otras se concretó á determinadas partes de él, entre las cuales estuvo constantemente indicada de protección y seguridad á personas y bienes. De ahí, por consiguiente, la creación de funcionarios y agentes diversos, con ciertas condiciones y facultades, que, al paso que garantizasen su conducta, hicieran posible su misión dándoles prestigio y fuerza; y de ahí el origen de esas magistraturas y legislaciones especiales, como de las instituciones y cuerpos armados que para ese fin existieron y existen en las naciones civilizadas.”*¹⁸⁷

La palabra “policía” ya fue definida por algunos filósofos griegos como Sócrates, Platón o Aristóteles, de los que proviene del término latino “*politía*” y su significado actual según el diccionario de la RAE es: *“Buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno.”*¹⁸⁸

A la vista de lo anterior, puede decirse que la función policial, surge con el nacimiento de las sociedades debido a la necesidad de garantizar el buen orden y la protección de las personas y bienes, y ello nos permite comprender que hoy en día el término siga utilizándose para los mismos fines para los cuales fueron creados. Opino que además del concepto funcional que acabos

¹⁸⁷ JIMÉNEZ DE SANDOVAL. *Instituciones de Seguridad Pública en España y sus dominios de ultramar*. Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra. Madrid, 1858, p. 16.

¹⁸⁸ Significado extraído de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

de esbozar, también posee otro orgánico que integra al conjunto de medios humanos y materiales que permiten la consecución de estos fines.

Por lo que respecta a los colectivos que podemos considerar como policía o agentes encargados de garantizar la seguridad pública que han existido en España, se pueden citar como ejemplos meramente enunciativos a las Cofradías y Santas Hermandades a partir del siglo XI (Santa Hermandad Vieja, Hermandad General del Reino y otras), o la Santa Hermandad Nueva en la época de los Reyes Católicos, que en su versión catalana adquiriría el nombre de Somatén. Posteriormente, en el siglo XVI surgen las denominadas Milicias concejiles y las Milicias Provinciales, que desembocan en la Milicia Nacional en 1823, donde también conviven con los Salvaguardias Reales. Todos estos cuerpos conviven en diferentes épocas y lugares de España con los cuerpos regionales de orden público como los Guardas de la Costa del Reino de Granada, Milicias urbanas y Escopeteros voluntarios en Andalucía; Ballesteros del Centenar, Migueletes y Fusileros en Valencia; Compañía suelta de Fusileros en Aragón; Miñones y Migueletes en Vascongadas; Migueletes, Mozos de Escuadra y Rondas Volantes en Cataluña¹⁸⁹ y otros muchos que se crean con idéntico propósito y tan disperso ámbito territorial de competencias.

Esta situación cambió con la creación del Cuerpo de la Guardia Civil¹⁹⁰ por Real Decreto de 28 de marzo de 1844 y Real Decreto de 13 de mayo del mismo año, configurándose como el primer Cuerpo de seguridad pública con competencias completas a nivel nacional¹⁹¹, dependiente de los Ministerios de

¹⁸⁹ Para profundizar sobre los diferentes cuerpos con competencias en materia de orden público y seguridad que se han citado véase AGUADO SÁNCHEZ, F. *Historia de la Guardia Civil*. Tomos 1 a 7. Editorial Ediciones Históricas. Madrid, 1983, pp. 15 y ss. Correspondientes al tomo 1. Para ver la evolución de las fuerzas de seguridad pública en España desde la antigua Grecia, puede consultarse, entre otras, la obra de JIMÉNEZ DE SANDOVAL. *Instituciones de Seguridad Pública en España y sus dominios de ultramar*. Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra. Madrid, 1858. También JAR CONSUELO, G. *Modelo Policial Español y policías autónomas*. Editorial Dykinson. Madrid, 1995.

¹⁹⁰ Sobre el Cuerpo de la Guardia Civil véase entre otras AGUADO SÁNCHEZ, F. *Historia de la Guardia Civil...Opus cit* (Tomos 1 a 7) y LÓPEZ CORRAL, M. *La Guardia Civil. Nacimiento y Consolidación – 1844-1874*. Editorial Actas. Madrid, 1995.

¹⁹¹ Así se concluye en el artículo publicado por LORENTE SARIÑENA, M / MARTÍNEZ PÉREZ, F. *Orden público y control del territorio en España (1822-1845): de la*

la Guerra y Gobernación, siendo su primer Inspector General, y considerado su fundador, D. Francisco Javier Girón y Ezpeleta Las Casas y Enrile, II Duque de Ahumada y V Marqués de las Amarillas.¹⁹² A éste le seguirán otros cuerpos, como la Policía Armada¹⁹³, fundada en 1939, que fue reestructurada y renombrada como Cuerpo de Policía Nacional el día 4 de diciembre de 1978, fecha en la que también se creó el Cuerpo Superior de Policía.¹⁹⁴ Ambos Cuerpos serían refundidos en el actual Cuerpo Nacional de Policía por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.¹⁹⁵

Como se ha podido ver, desde finales del siglo XIX, y buena parte del siglo XX, el panorama referido a las personas legalmente autorizadas para el mantenimiento de la seguridad pública era muy variopinto. Además, junto a estos cuerpos encargados de velar por la seguridad pública, también ejercían estas funciones otras personas como auxiliares de seguridad, pero que poseían Autoridad en materia de orden público. Así la STS 58/1873, de 25 de enero, entiende de un asunto relacionado con un delito de escándalo y lesiones, donde figuran como personas con autoridad en materia de seguridad pública, los alguaciles y los serenos. En el mismo sentido, el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 establece que *“Constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de delitos y persecución de lo delincuentes: 1º Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o algunos*

Superintendencia General de Policía a la Guardia Civil, en RJUAM, nº 19, 2009-I (Páginas 195-210)

¹⁹² Para ampliar conocimientos sobre este asunto se puede consultar entre otras obras AGUADO SÁNCHEZ, F. *El Duque de Ahumada. Fundador de la Guardia Civil*. Centro de Estudios Históricos de la Guardia Civil. Madrid, 1969.

¹⁹³ Creada por Ley de 3 de agosto de 1939. Desarrollada por Decreto de 8 de septiembre de 1939 y Orden de 7 de octubre de 1939.

¹⁹⁴ La Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, crea el Cuerpo Superior de Policía y el Cuerpo de la Policía Nacional.

¹⁹⁵ La Real Cédula de 1824 fundó la Policía General del Reino como primera policía de ámbito estatal, y que es el origen del actual Cuerpo Nacional de Policía, aunque esta Policía General se suprimiría por Real Cédula de 27 de agosto de 1827. Para ampliar conocimientos sobre la evolución histórica de la Policía véase TURRADO VIDAL, M. *La Policía en la Historia Contemporánea de España (1766-1986)*. Editorial Dykinson. Madrid, 2000.

*especiales. 2º Los empleados o subalternos de la Policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación. 3º Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio. 4º Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores. 5º Los serenos, Celadores y cualesquiera otros agentes municipales de Policía urbana o rural. 6º Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración...*¹⁹⁶

Por tanto, y especialmente desde 1870, cuando se creó el Tribunal Supremo, podremos ver en sus sentencias diferentes referencias a todas estas Instituciones, Cuerpos, grupos y colectivos, que de una u otra forma han desempeñado funciones de seguridad pública, y que por consiguiente, al quedar obligados por las leyes, pueden quedar amparados también por la exigencia de obrar en el cumplimiento de un deber en sus actuaciones.

En la actualidad, la cuestión relativa a los diferentes Cuerpos policiales parte de la Constitución Española de 1978, que en su artículo 104.2 dice que *“Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”* Este mandato constitucional fue desarrollado al aprobarse la norma jurídica que actualmente se configura como el estatuto policial español, que recoge el modelo y despliegue de los diferentes cuerpos policiales en el país, la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esta ley orgánica establece en su artículo 2º lo que se va a conformar como el actual mapa policial español, al determinar que *“Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía*

¹⁹⁶ El concepto de Policía Judicial es mucho más amplio que el que viene regulado en la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, e incluso del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. En este sentido, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14-11-2003 ha entendido que este precepto no está derogado pero que tiene que ser actualizado en su interpretación. También se incluye en virtud de este Acuerdo a los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera.

*dependientes de las Corporaciones Locales.*¹⁹⁷ Posteriormente, la citada norma desarrolla las competencias de dicho despliegue policial, a lo largo de los Títulos II a V, otorgando a la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía¹⁹⁸ el carácter de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con competencia en todo el territorio nacional,¹⁹⁹ sin olvidar las funciones que regula para los Cuerpos dependientes de las Comunidades Autónomas y Policías Locales.²⁰⁰

1.2.- Conceptos de orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana.

La importancia de abordar el significado de estos conceptos radica en la previsión establecida en el artículo 104 CE, al referirse a la misión de las FCS cuando alude a que su misión será *“proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”*

Este *“binomio clave”*, tal y como reza en el apartado II del Preámbulo de la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana y el abandono –relativo como veremos- de otros conceptos que *a priori* pudieran parecer sinónimos

¹⁹⁷ Respecto de las Policías Locales, véase la Disposición adicional décima y las Disposiciones finales tercera y quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹⁹⁸ El Cuerpo Nacional de Policía se crea ex novo por esta Ley Orgánica 2/86, al refundir el Cuerpo Superior de Policía y Policía Nacional tal y como se explica en el apartado III c) del Preámbulo de la propia Ley Orgánica citada.

¹⁹⁹ Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía. La Guardia Civil se constituye según los artículos 9 b) y 14 de la Ley Orgánica 2/86, como un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministerio del Interior, en cuanto a servicios relacionados con la seguridad ciudadana, retribuciones, acuartelamientos y material, del Ministerio de Defensa lo concerniente al régimen de ascensos, situación de personal y misiones de carácter militar que se le encomienden. De forma conjunta por ambos Ministerios todo lo relativo a selección, formación, perfeccionamiento y despliegue territorial; BARCELONA LLOP, J. *Policía y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1997, pp. 65 y ss., analiza como a partir de la Constitución Española y la LOFCS la Guardia Civil deja de pertenecer a las Fuerzas Armadas, manteniendo su “naturaleza militar”, siendo totalmente compatible con la nueva situación policial, tal y como se resuelve por la STC 194/1989, de 16 de noviembre. Por su parte el Cuerpo Nacional de Policía se configura en esta Ley orgánica (artículo 9a) como un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior.

²⁰⁰ Según el artículo 37 de la Ley Orgánica 2/86, las Comunidades Autónomas podrán crear Cuerpos de Policía, atendiendo a lo establecido en sus Estatutos y la propia Ley orgánica, así como coordinar de las Policías Locales en dicha Comunidad Autónoma. También el artículo 51 de la LO 2/86, prevé la posibilidad de creación de Policías Locales por parte de los municipios, de acuerdo con la regulación de la Ley de Bases de Régimen Local y la propia Ley orgánica.

como orden público y seguridad pública, es el que hizo plantearse a la doctrina el motivo de este cambio en la denominación de los objetivos encomendados a las FCS. Como tendremos ocasión de ver en este epígrafe, y como acabamos de afirmar, estas expresiones podrían utilizarse de forma indistinta y considero que no deberían haber generado dicha discusión entre algunos autores, si no fuera por la clara vinculación de algunas de ellas a épocas protagonizadas por la falta de garantía de derechos y libertades de los ciudadanos. De hecho, tanto es así, que ambos términos siguen utilizándose en disposiciones relativamente recientes como ahora veremos.

Las normas que han regulado las funciones de las diferentes policías, han utilizado términos como **orden público o seguridad pública**, y por tanto otro de los aspectos que hay que tener en cuenta es la evolución que estos conceptos han experimentado desde épocas recientes hasta llegar al **concepto actual de seguridad ciudadana**.

A lo largo de nuestro pasado más reciente se han aprobado diferentes normas sobre esta materia que utilizaban los conceptos citados de orden público, seguridad pública o seguridad ciudadana.²⁰¹ En la actualidad, estos conceptos siguen vigentes por cuanto la propia Constitución los mantiene en su articulado, ya que suponen *“intereses, socialmente relevantes y constitucionalmente protegidos”*.²⁰²

Así, por ejemplo, el artículo 16.1 CE establece lo siguiente: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus limitaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*; y a tenor del artículo 21.2 CE: *“En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá*

²⁰¹ Ley de Orden Público de 1933, y su posterior regulación por Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden público, la Ley 16/1970, de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social; Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana; Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

²⁰² FREIXES SANJUAN, T / REMOTI CARBONELL, J.C., “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 87. Enero-marzo, 1995, p. 143.

prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

Este concepto, debido a la época en que se aprobaron las normas que llevaban por título la expresión «orden público», siempre ha estado rodeado de ciertos recelos, aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”*,²⁰³ despejando posibles dudas al decir que *“tras la Constitución, la cláusula de orden público no pueden encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades.”*²⁰⁴

El orden público se configura, incluso hoy en día, como un estado de pacífica convivencia de los ciudadanos donde estos puedan ejercitar libremente sus derechos y libertades.²⁰⁵ No hay que olvidar que el propio Código Penal regula los delitos contra el orden público en su Título XXII, entre los que se encuentran los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad o sus agentes, y también los desórdenes públicos y los delitos de terrorismo. No es extraño que precisamente dentro de este título referido al orden público queden encuadrados los delitos que pueden cometerse contra los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tanto que sean agredidos o se ofrezca resistencia o se desobedezca sus mandatos legítimos.

En cuanto a la seguridad pública, el artículo 149 de la Constitución Española recoge este concepto cuando dispone que *“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 29ª. Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.”* Y en el mismo sentido el artículo 148 establece: *“1. Las Comunidades Autónomas podrán*

²⁰³ STC 19/1985, de 13 de febrero.

²⁰⁴ STC 5/1987, de 27 de enero.

²⁰⁵ Sobre cómo se vienen interpretando estos conceptos en el marco constitucional, vid. IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución Española de 1978”, en *Diario La Ley*, 1989, pp. 1127-1228.

*asumir competencias en las siguientes materias: (...) 22ª La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.*²⁰⁶

En estricto cumplimiento de estos preceptos constitucionales, la Ley orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 1º afirma que *“1. La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación. 2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley. 3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley. 4. El mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*

Así, puede verse la forma y los límites en que las diferentes administraciones van a gestionar la seguridad pública, con predominio por parte del Estado con respecto al resto de gestores.

También el TC se ha pronunciado sobre esta noción, definiéndola como *“actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano.”*²⁰⁷

²⁰⁶ En cuanto a la coordinación de las Policías Locales por parte de la Comunidad Autónoma, véase el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del País Vasco; el artículo 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el artículo 51 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; los artículos 65 y 67 del Estatuto de Autonomía para Andalucía; el artículo 34 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias; los artículos 49.3.14 y 55 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; el artículo 76 del Estatuto de Autonomía de Aragón; el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el artículo 72 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León y el artículo 27.Veinticinco de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia. En el mismo sentido, las SSTC 81/1993 y 85/1993, ambas de 8 de marzo, resuelven sendos Recursos de Inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con determinados preceptos de la Ley 1/1989, de 8-5 del Parlamento de Andalucía, de Coordinación de Policías Locales y Ley 16/1991, de 10-07, del Parlamento de Cataluña, de Coordinación de Policías Locales, donde puede analizarse la competencia y alcance concedidos a las Comunidades Autónomas en esta materia.

El último de los aspectos a tratar es el referido a la regulación de la seguridad ciudadana; aspecto al que, como ya se ha visto, se alude en el artículo 104.1 CE como una de las dos misiones encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, junto a la garantía de la protección del libre ejercicio de derechos y libertades. Aunque, como veremos más adelante²⁰⁸ en este mismo Capítulo (epígrafe 2.5), no es la primera vez que el contenido de la “seguridad ciudadana” y las funciones derivadas de la misma vienen reguladas en una disposición²⁰⁹, fue la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, la que lo hizo de forma más completa y detallada. Esta norma ha sido recientemente sustituida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana,²¹⁰ que ha sido la primera en introducir un concepto de “seguridad ciudadana” hasta ahora inexistente en el marco legal. Así, el artículo 1.1 de la LOPSC establece que “*la seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes*”.²¹¹

De lo dicho hasta ahora, conjugando el significado de los tres conceptos que aquí se han esbozado, y según ha señalado el Tribunal Constitucional, la “seguridad pública o ciudadana” posee, con respecto al “orden público”, un

²⁰⁷ Vid, entre otras, las SSTC 104/1989, de 8 de junio; 59/1985, de 6 de mayo; 117/1984, de 5 de diciembre y 33/1982, de 8 de junio.

²⁰⁸ Infra epígrafe 2.5.

²⁰⁹ Con anterioridad esta materia había sido objeto de regulación exclusiva por Real Decreto-Ley 3/1979, de 28 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

²¹⁰ Puede verse un análisis de algunos de los aspectos problemáticos que dicha Ley plantea en MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, *Abogacía Española, Consejo General*, disponible en <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana/>; PRECIADO DOMÉNECH, C., “Anteproyecto de Ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas”, *Jueces para la democracia. Boletín de la comisión penal*, nº 5, 2013; ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal* nº 21, 2014.

²¹¹ Sobre la tendencia actual hacia el denominado “modelo penal de la seguridad ciudadana” vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pp. 1-37 y RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, pp. 1-27.

contenido o ámbito material menos extenso pero compensable, sin embargo, por una peligrosidad más intensa, grave y próxima para las personas, los bienes e, incluso, las Instituciones del Estado, de los riesgos que específicamente contempla y afronta.²¹²

Considero que más allá del contenido específico que se le pudiera dar a los conceptos que aquí se han tratado, y que ciertamente son difíciles de precisar,²¹³ hemos podido comprobar que todos ellos conviven en diferentes normas vigentes en la actualidad, sin que la vinculación a épocas pasadas a la que se ha hecho mención pueda suponer un obstáculo para su plena vigencia. Ello no quita que amparándose en estos conceptos se puedan efectuar todavía hoy conductas que puedan lesionar el ejercicio legítimo de derechos fundamentales,²¹⁴ aunque el legislador haya optado en la normativa que expresamente regula este asunto, por utilizar el concepto de “*seguridad ciudadana*”. Opino que supone una discusión más fructífera y práctica determinar si la “*seguridad*” debe prevalecer sobre la “*libertad*” o al contrario, puesto que, para la materia en examen, la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad supone, en muchas ocasiones, la lesión de dicha “*libertad*” a fin de garantizar la “*seguridad*”. Aunque este asunto lo trataremos con mayor detalle posteriormente, podemos adelantar que ya la forma en que se ha interpretado en el artículo 104.1 CE nos indica que el legislador otorga mayor importancia a aquélla con respecto a ésta al citarla en primer lugar, y también la doctrina se muestra coincidente en este aspecto,²¹⁵

²¹² SSTC 123/1984, de 18 de diciembre; 117/1984, de 5 de diciembre y 33/1982, de 8 de junio. Vid. en este sentido DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal”. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 234, 1987, p. 312.

²¹³ Tradicionalmente se afirma que se trata de conceptos ambiguos y resbaladizos como pocos. Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 20ª edición. Valencia, 2015, p. 747, que señala que: “*Pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar como el orden público*”.

²¹⁴ La nueva regulación de los delitos de desórdenes públicos constituye un buen exponente de estos riesgos.

²¹⁵ Vid. entre otros BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 290-191; DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal”. *Revista de estudios de la*

sin olvidar que la libertad se proclama como valor supremo del ordenamiento jurídico según declara el artículo 1 CE, idea que resulta inherente a la forma de Estado que consagra ese mismo precepto como un “*Estado social y democrático de Derecho*”.

1.3.- Funciones encomendadas a las FCS. El principio de habilitación legal para el cumplimiento de un deber.

En el marco de referencia visto en el epígrafe anterior, cabe preguntarse la forma y el motivo por el que tradicionalmente los conceptos genéricos de «**seguridad**» y «**libertad**» de los ciudadanos citados como “*binomio clave*” se hallan vinculados de forma inevitable a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Cabe por tanto, en este punto, hacer una breve mención de las principales funciones atribuidas a los agentes policiales.

En la actualidad, las **funciones que los agentes policiales** tienen encomendadas parten de la regulación efectuada en la Constitución Española, que en su artículo 104.1 establece que “*las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*” También como policía judicial poseen funciones genéricas previstas en la Carta Magna. Así el artículo 126 CE establece que “*La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.*”²¹⁶

Administración Local y Autonómica, nº 234, 1987, p. 292. Aluden a la tensión que se produce entre los derechos de los ciudadanos y los deberes policiales, entre otras, las SSTS 277/2004, de 5 de marzo y 1810/2002 de 5 de noviembre.

²¹⁶ En este punto, la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, regula a la Policía Judicial en los artículos 547 a 550. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene los preceptos básicos sobre esta función en los artículos 282 a 298, y también puede verse el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial.

A partir de estos preceptos algunos autores han diferenciado entre “*policía de seguridad*” y “*policía administrativa*”,²¹⁷ y así, se incluyen en el primer supuesto las actuaciones que poseen una clara incidencia en los derechos de los ciudadanos (detenciones, identificaciones, cacheos, etc.) y al segundo grupo los casos referidos a actuaciones en el ámbito de la tramitación de permisos de armas, documentos, etc.

Existen otros preceptos constitucionales que otorgan funciones a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y así podemos citar el artículo 17 CE, que regula el derecho fundamental a la libertad y la forma y duración de la privación de libertad, el artículo 18.2 CE, que delimita cuándo se puede entrar o registrar un domicilio, y el artículo 18.3 que regula el secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial. Evidentemente, tanto la detención, como los registros domiciliarios o intervenciones telefónicas, postales, etc., son actuaciones reservadas principalmente a los agentes policiales.

Pero si bien las misiones establecidas en la Constitución o en la LO 2/1986, de FCS (artículo 11) tienen un carácter genérico, sus manifestaciones son innumerables y así de forma enunciativa se pueden citar otras normas más concretas dirigidas fundamentalmente a los miembros de las FCS, como por ejemplo la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, bajo la dirección de los jueces y previstas en el Libro II, Título V, bajo la rúbrica “*De la comprobación del delito y averiguación del delincuente*”, asigna a los miembros de Policía Judicial diversas actuaciones como la inspección ocular, el informe pericial, la detención, la entrada y registro en domicilio, la interceptación de las comunicaciones, la posibilidad de recoger la denuncia, etc. Por su parte, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana,

²¹⁷ GARRIDO FALLA, F., “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 28, 1959, pp. 11-50; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *El Policía y la Ley*. Editorial Plaza y Janés. Espulgues de Llobregat (Barcelona), 1986, pp. 35 y ss.

regula aspectos como el cacheo, la identificación, los controles, etc.²¹⁸ En la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, asimismo cabe destacar en este contexto la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión o la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, entre otras muchas.

Sería muy extenso y tedioso a la vez enumerar todas las funciones que la Ley atribuye a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En realidad, a mi juicio, cobra una importancia decisiva a este respecto el hecho de que dicha asignación de funciones se establezca bajo el principio de habilitación legal que debe presidir las actuaciones policiales, como se verá con detalle en el Capítulo IV, epígrafe 2.1. b).

1.4.- Uso de la coacción y violencia como monopolio del Estado a través de las FCS.

Todas las funciones que se han enumerado en el epígrafe anterior, presididas por la misión constitucional de proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, hace necesaria en ocasiones, la **utilización de la coacción o la violencia física**, lo que puede suponer que las actuaciones policiales incurran en conductas penalmente relevantes como es el caso de los delitos de homicidio previstos en los artículos 138 y 142 CP, las

²¹⁸ Un análisis detallado de este tipo de actuaciones policiales desde la perspectiva de la anterior ley puede verse en PORTILLA CONTRERAS, G., “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros entretenimientos de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 26, 1996, pp. 12 a 20. A raíz de la entrada en vigor de la LO 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, se ha dictado la Instrucción 7/2015, de 30 de junio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de la diligencia de identificación, los registros corporales externos y actuaciones con menores.

lesiones de los artículos 147 y siguientes CP, detención ilegal del artículo 167 CP, las coacciones del artículo 172 CP, los daños del artículo 263, el allanamiento de morada del artículo 204, o bien cualesquiera de los delitos previstos en el Título XXI, contra las garantías constitucionales.²¹⁹

Así, por ejemplo, cuando un agente policial practica una detención, a la que está obligado como ya hemos visto, según lo preceptuado en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 490 del mismo texto legal, puede suceder que el sujeto se resista a dicho arresto, y que surja una situación en la que se produce un choque de fuerzas. Por un lado, la fuerza desplegada por el sujeto para evitar ser detenido, y por otro la fuerza empleada por el agente que tiene obligación de detener. Y como es fácilmente imaginable, de este tipo de situaciones puede derivarse la causación de lesiones en una y otra parte, que con mucha probabilidad adquirirán relevancia penal.

En esta línea, ya GARRIDO FALLA, se refirió a *“la policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”*.²²⁰

Pero también es cierto que el Estado, tal y como ha reconocido en numerosas sentencias el TEDH posee el *“monopolio del recurso a la fuerza”*²²¹, y que como dice MORALES PRATS, *“(e)l sistema jurídico constituye la expresión de la coacción institucional. Determinados cargos públicos tienen conferido el concreto ejercicio o materialización de la coacción jurídica (así cuerpos de policía, el Ministerio Fiscal, Jueces y Magistrados...)*. En la lógica

²¹⁹ Dentro del Título XXI, *“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”* se encuentran los delitos contra la libertad individual, contra la inviolabilidad domiciliaria y contra los derechos individuales, siendo denominados común en muchos de ellos, haber cometido el delito *“mediando causa por delito”*, es decir, en el transcurso de una investigación criminal.

²²⁰ GARRIDO FALLA, F., *“Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”*, en *Revista de Administración Pública*, nº 28, 1959, p. 11. Aluden a la coacción del Estado a través de las FCS las SSTS 866/1995, de 5 de julio; 1200/1994, de 2 de junio; 5 de marzo de 1993; SAP Toledo (Sección 2ª), nº 31/2014, de 2 de diciembre.

²²¹ Esta afirmación se extrae de las SSTEDH de 27-09-1995; 9-10-1997; 28-07-1998; 1-03-2001; 24-03-2011 y con cita expresa la STEDH de 15-05-2007.

inmanente de desempeño de estos cargos públicos está presente la toma de decisiones y la puesta en práctica de medidas coactivas".²²² Por tanto, la sociedad dota a dichos sujetos de esta facultad de utilizar la violencia para el mantenimiento de la seguridad pública, y es por ello que tal clase de conductas que, *a priori*, pueden ser constitutivas de ilícitos penales por parte de los agentes policiales, se encontrarán bajo la cobertura de la eximente prevista en el artículo 20.7 CP de obrar en el cumplimiento de un deber, siempre que la actuación policial se ajuste a unos requisitos.

Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma, en relación a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, que esta causa de justificación supone:

*"la ejecución de una conducta obligada por el Derecho, que la impone a su autor, y que, además, es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley. Los casos más importantes de cumplimiento de un deber son aquellos relacionados con las obligaciones impuestas a cargos públicos, cuyo efectivo cumplimiento supone la vulneración de un bien jurídico perteneciente a un tercero. Así ocurre con el derecho a la libertad en el caso de la detención o, especialmente, con el derecho a la integridad física cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad recurren a la violencia para el cumplimiento de sus funciones"*²²³

Resulta evidente que la utilización de la fuerza policial es una de las cuestiones más delicadas en la aplicación de esta eximente, que adquiere su máxima expresión de peligrosidad cuando se utilizan armas de fuego²²⁴, si bien

²²² MORALES PRATS, F., "Artículo 20.7", en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 251.

²²³ Véase la STS de 20 de mayo de 2008, en su Fundamento de Derecho Cuarto. Esta resolución está referida a las lesiones causadas por un policía autonómico al intentar sacar a la víctima de un vehículo por la fuerza.

²²⁴ La STS 1404/1997, de 22 de noviembre, al abordar esta cuestión entiende que "El recurso al uso de armas por parte de los agentes del orden está sometido a una serie de condiciones para que resultados lesivos que puedan determinarse por la utilización de las armas puedan quedar cubiertos por la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo que se recoge en el artículo 20.7.º del nuevo Código Penal, y anteriormente en el artículo 8.11 del precedente (RCL 1973\2255 y NDL 5670), y que opera como justificativa de la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico determinando que esa acción devenga penalmente impune. Se precisa a tal efecto: 1.º) que el sujeto activo sea una autoridad o agente de la misma que esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones, 2.º) que su concreta actuación se haya producido precisamente en el ejercicio de sus funciones propias y 3.º) que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea

no se debe perder de vista que la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber no siempre juega en relación con supuestos de utilización de la fuerza. Así, en ámbitos distintos al de las actuaciones policiales, podemos poner como ejemplos al Fiscal que acusa y que podría incurrir con ello en una conducta típica de calumnias, o bien el caso del testigo que debe declarar en contra de una persona en juicio.

Por lo que se refiere a la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tampoco exigiría el uso de la coacción o de la fuerza, por ejemplo, la obligación de auxiliar a una autoridad o particular que le requiera, que de no hacerlo incurriría en una conducta típica por haber denegado el auxilio previsto en el artículo 412 CP.

El presente estudio se centra primordialmente en el análisis de los supuestos que implican el uso de la fuerza o de la violencia policial, sin perjuicio de que se haga referencia al uso de la simple coacción como forma de actuación policial, ya que, en el sentido apuntado, es en tal caso por razones obvias en el que mayor incidencia lesiva tiene para los ciudadanos la actuación policial y en el que, por consiguiente, se suscita mayor número de cuestiones controvertidas desde una perspectiva jurídico-penal.

necesario el uso de la violencia y que, aun siendo necesaria, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso. Si esta última exigencia de necesidad del recurso a la violencia no concurre la actuación del agente no puede ser cubierta ni por la eximente completa ni aun como incompleta. Para ello es preciso ocurra una situación de riesgo racionalmente grave para la vida o la integridad física del sujeto agente o de terceras personas (Sentencias de 7 diciembre 1994 [RJ 1994\10574], 17 marzo y 5 julio 1995 [RJ 1995\2031yRJ 1995\5384], 2 febrero 1996 [RJ 1996\788] y 14 febrero 1997 [RJ 1997\1357]).

No se ha llegado a establecer en los hechos probados, cómo el acusado pretendió, que se produjera una situación de enfrentamiento con la víctima y que ésta esgrimiera una barra contra el policía. Por el contrario el sujeto pasivo de los hechos, que no consta estuviera armado, tras abandonar el vehículo averiado inició la huida a pie dando la espalda al agente policial sin constituir peligro alguno para él ni para nadie. En tales circunstancias no sólo fue desproporcionado el recurso a usar su arma reglamentaria, sino que ni siquiera era precisa su utilización para repeler o neutralizar un riesgo propio o ajeno, en aquel momento inexistente. Por ello no procedía aplicar la circunstancia alegada ni siquiera como atenuante.”

2.- Evolución de las normas reguladoras del uso de la fuerza policial desde mediados del siglo XIX en España hasta la regulación actual.

En las siguientes páginas se van a exponer brevemente las normas que de forma expresa han regulado el uso de la fuerza policial, tanto internacionales, con incidencia en España, como las propias normas internas del país, referidas todas ellas al uso de la coacción o violencia por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y encuadradas en un marco temporal reciente que va desde mediados del siglo XIX, con la creación de la Guardia Civil en 1844, considerada como primer Cuerpo con competencia en todo el territorio nacional, y que va a llegar hasta el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad, del que me ocuparé con mayor detalle en el Capítulo III de este trabajo. Intento de esta forma comparar tres hechos fundamentales para el estudio de esta figura. Por un lado, se podrá apreciar muy bien cómo estaba regulado el uso de la fuerza en la Guardia Civil, primer colectivo policial a nivel nacional, creado en 1844, junto al estudio de la exigencia de obrar en el cumplimiento de un deber que se reguló por primera vez en el Código Penal de 1848, y la jurisprudencia de lo criminal del Tribunal Supremo desde su aparición en 1870.²²⁵

Para ello, y buscando tener un efecto más práctico, se irán intercalando de forma cronológica, junto a las normas internacionales, las normas españolas aprobadas sobre la materia, así como las diferentes órdenes, instrucciones y circulares dictadas por los diferentes Ministerios, completando este elenco normativo²²⁶ con la incidencia que las mismas han tenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata de obtener una idea genérica de cuál ha sido el tratamiento legal y jurisprudencial acerca del uso de la fuerza por las FCS a lo largo de los años.

²²⁵ Para conocer la historia del Tribunal Supremo véase su página oficial: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder%2Djudicial/Tribunal%2DSupremo/Informacion%2Dinstitucional/Historia%2Ddel%2DTS.

²²⁶ Puede verse el texto completo por lo que se refiere al uso de la fuerza en cada una de las normas citadas en el Anexo de Legislación.

Tal y como corresponde a un Estado democrático de Derecho como el nuestro, el respeto al principio de legalidad tiene una importancia determinante la regulación de la convivencia en sociedad, que adquiere su proyección más rigurosa en cuanto al posible uso de la violencia por parte del Estado con incidencia en la esfera de libertades y derechos de los ciudadanos. Estas normas se configuran así en el supuesto habilitante y limitador de estas conductas coactivas y en ocasiones lesivas. Tal consideración ya se recogía en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al referirse al ejercicio de los derechos naturales de cada hombre cuyos únicos límites son los determinados por la Ley. Así, y en relación a la garantía de estos derechos, la propia Declaración alude en su artículo 12 a la necesidad de contar con *“una fuerza pública”* que debe ser instituida *“en beneficio de todos”*.

Como dice CEREZO MIR, refiriéndose a la situación anterior a la aprobación de la LOFCS, es decir, a la época de la que nos vamos a ocupar a continuación que *“la opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal española exigía ya, antes de entrar en vigor la nueva Ley, que la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera necesaria y proporcionada para que pudiera estar amparada en esta causa de justificación”*²²⁷ Por su parte LUZÓN PEÑA ha señalado que *“la legislación anterior a 1986 era muy poco exigente en cuanto a los requisitos de la actuación policial y el uso de la fuerza por la misma, que se refería únicamente a la necesidad y adecuación de medios.”*²²⁸

Entre las disposiciones que de forma expresa se ocupan de la fuerza o violencia policial, y por su importancia para el estudio que aquí hacemos, pueden citarse las siguientes:

²²⁷ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 280, nota 24.

²²⁸ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2012, p. 470.

2.1.- Reglamento para el servicio aprobado por Real Decreto de 9 de octubre de 1844 y Cartilla del Guardia Civil, aprobada por Real Orden de 20 de diciembre de 1845.

Esta regulación se sitúa como punto de partida en esta materia toda vez que supone la primera referencia expresa al uso de la fuerza por el primer colectivo policial de carácter nacional.²²⁹

El artículo 27 del Capítulo III del Reglamento para el Servicio de la Guardia Civil, referido al modo en que los miembros de la Guardia Civil deben actuar en casos de motín o desórdenes públicos, establece que: *“1º. Se valdrá del medio que le dicte la prudencia para persuadir á los perturbadores á que se dispersen y no continuar alterando el orden. 2º. Cuando este medio sea ineficaz, les intimará el uso de la fuerza. 3º. Si á pesar de esta intimación persisten los amotinados en la misma desobediencia, restablecerá á viva fuerza la tranquilidad y el imperio de la ley”*.

Por su parte, el artículo 18 de la Cartilla establecía que: *“Sus primeras armas deben ser la persuasión y la fuerza moral, recurriendo solo á las que lleve consigo, cuando se vea ofendido por otras, ó sus palabras no hayan bastado. En este caso dejará siempre bien puesto el honor que la Reina le ha entregado”*.

Se hace eco de la regulación prevista en la Cartilla de la Guardia Civil las SSTS de 30 de noviembre de 1933, 23 de julio de 1987 y en fechas más recientes la STS 1360/1992, de 15 de junio, señalando esta última que la

²²⁹ Si bien la Real Cédula de 1824 creaba el Cuerpo de Policía General del Reino, no hay mención alguna en esta norma de los requisitos que deberán regir el uso de la fuerza por sus componentes. Sin embargo sí que se regula en su artículo XV la creación simultánea a dicho Cuerpo de un *“Cuerpo militar especialmente encargado de la seguridad de los pueblos y de los caminos”*, al que pedirá auxilio en caso de necesitar *“fuerza armada”* para cumplir con las funciones que el propio texto detalla. Sin embargo, sí se recoge, en su artículo XIX, las consecuencias para el agente policial que *“desempeña mal su encargo”*, y en dicho cometido *“causa vejaciones ó comete arbitrariedades”*, que será suspendido inmediatamente por su superior.

precitada normativa recuerda a sus miembros dicho contenido y añadiendo que:

“la persuasión ya se había mostrado inútil, y aun la conminación por lo que no puede reprocharse el que se esgrimiera el arma con fin intimidativo que tampoco redujo al resistente”.

Hay que tener en cuenta también que la primera regulación penal de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber se hace en el CP 1848, con lo cual, esta redacción penal cohabita con la dirigida al Cuerpo de la Guardia Civil que acabamos de transcribir.

A partir de 1848, será la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de 1870, las que vayan perfilando los límites de la eximente.

Los penalistas de la época, tal y como ya hemos visto en el Capítulo I, epígrafes 4.2.3 y ss., se apoyan en las resoluciones del Tribunal Supremo. La primera resolución judicial que se ocupa de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber es la STS de 13 de julio de 1871, en la que se trata un supuesto referido a un artículo publicado en un periódico por un escritor en el que se increpa duramente a las Autoridades y por cuyo motivo fue condenado por delito de injurias. El condenado alegó haber obrado en el cumplimiento de un deber, si bien el TS no aplicó dicha figura alegando que puede constituir un deber el hecho de injuriar a otros, confirmando la resolución que le condenaba. Será en la STS de 31 de enero de 1875 donde ya se aplique por primera vez, referida a un caso en el que el Alcalde de una localidad granadina media en una alteración del orden entre varios vecinos que se encontraban en la puerta de una taberna, conminando a que se marcharan y al mismo tiempo solicitando el edil el apoyo de dos serenos para que le ayudaran ante la negativa de los alborotadores de cejar en su actitud. En el transcurso de dicha discusión, y habiéndole advertido previamente de ello, uno de los serenos disparó su arma contra uno de los causantes de tal alteración, causándole lesiones. La Audiencia Provincial de Granada condenó al sereno que disparó, si bien el TS le absolvió de dicho delito por aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, al considerar que es deber

de las Autoridades ejercer la vigilancia y sostener el orden contra los que tratan de perturbarlo y no hacen caso de las amonestaciones previas.

En general, el Tribunal Supremo, sin extenderse en sus razonamientos, alude a *“la necesidad imprescindible de emplear medios violentos”* (STS de 14 de diciembre de 1875), o el *“acometimiento previo”* a las Autoridades para poder utilizar la fuerza (STS de 30 de enero de 1878), con lo que se exige una *“agresión ilegítima”* previa para poder aplicar la eximente,²³⁰ requisito que, como se verá en el Capítulo IV, epígrafe 1, será abandonado definitivamente a partir de la STS de 20 de octubre de 1980. En cualquier caso, la posición jurisprudencial durante estos años, está *“inspirada en criterios diversos”*²³¹, aunque se apoyarán principalmente en criterios de necesidad (SSTS de 23 de enero de 1936) y proporcionalidad (STS 26 de abril de 1933).

Durante este periodo la posibilidad de utilizar el arma de fuego en casos de huida goza de menor reproche y aunque este recurso se va restringiendo más o menos en función de la situación política del momento, no parece tener obstáculos en algunos supuestos (STS de 30 de noviembre de 1933).

2.2.- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Si hay una norma internacional que haya supuesto una clara referencia en nuestro país para la doctrina y la jurisprudencia por su aplicación práctica en unos años donde no existía ninguna normativa al respecto que regulase la forma en que los agentes policiales debían utilizar la fuerza en el cumplimiento de su deber, esa norma es el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de

²³⁰ Este requisito de “agresión ilegítima” para poder aplicar la eximente, se exige igualmente, entre otras muchas, en las SSTS de 14 de junio de 1919; 28 de marzo de 1930; 28 de diciembre de 1935, aunque también se encuentran resoluciones en sentido contrario como la STS de 22 de enero de 1943

²³¹ CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972, p. 367.

noviembre de 1950 (en adelante CEDH),²³² uno de los primeros textos fundamentales aprobados por el Consejo de Europa tras su creación en 1949.

El artículo 2 del CEDH relativo al derecho a la vida establece que: “1. *El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.* 2. *La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.*”

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un precepto (apartado 2 del artículo 2) que regula los casos en los que podría causarse la muerte de forma intencionada. Aunque, para el caso de la legítima defensa, se ha señalado que la redacción de este artículo es de contenido más restrictivo que la que efectúa el artículo 20.4ª CP, se ha considerado mucho más amplio en lo que se refiere a los apartados b) y c),²³³ llegándose a destacar por su “*especial dureza, solo explicable por la rápida evolución que, desde entonces, ha sufrido la protección de los derechos fundamentales*”.²³⁴ Los autores que han tratado este asunto han señalado que la redacción del CEDH en estos apartados b) y c), permiten el recurso a la fuerza únicamente bajo el criterio de la necesidad, mientras que el artículo 5.2. c) de la LOFCS también exige junto a éste que dicha actuación sea proporcional.²³⁵

²³² Hay que tener en cuenta que el CEDH se aprobó muchos años antes de la aprobación de los Pactos Internacionales que otorgaban fuerza vinculante a los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Convenio de Roma de 1950 (que constaba de 66 artículos), fue firmado por España el 24-11-1977, y ratificado con fecha 4-10-1979 (BOE 10-10-1979).

²³³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 237-242.

²³⁴ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 512-513.

²³⁵ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 54; PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”... *Opus cit.*, p. 163; QUERALT JIMENEZ,

Asimismo algunos autores han señalado²³⁶ que este conflicto entre ambas regulaciones puede solucionarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del CEDH, que establece que: *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenido en el que éste sea parte”*, con lo que se daría preferencia a la más restrictiva formulación que se efectúa en el artículo 5.2. c) y d) de la LOFCS.

En este sentido, el TEDH ha aludido en numerosas sentencias al uso de la fuerza cuando sea *“absolutamente necesaria”*²³⁷ y por tanto, pese a la regulación que hace el texto internacional, la aplicación al caso concreto posee una base prudente y más cercana a los parámetros que sirven de apoyo la actuación policial en nuestro país.

2.3.- Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE nº 182 de 31-07-1959) y su precedente la Ley de Orden Público de 1933.

Existe en el legislador de esta época, evidentemente por la situación política en la que se vive, una gran preocupación por el mantenimiento a ultranza del orden público eliminando cualquier atisbo de reunión o concurrencia de personas en lugares públicos que puedan alterar la tranquilidad pública y cuestionar a la autoridad política.²³⁸

Así la Ley de Orden Público de 1959, recoge en su artículo 14 cuál debe ser la actuación de los agentes policiales en estos casos, incluso dando instrucciones concretas sobre el uso del arma de fuego ante las personas

J.J., “Tirar a matar”...*Opus cit.*, p. 738; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 241-242.

²³⁶ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 513-514; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 242.

²³⁷ SSTEDH de 8 de febrero de 2011 (caso Gülizar Tuncer contra Turquía); 19 de mayo de 2004 (caso R.L. y M-J.D. contra Francia), entre otras muchas.

²³⁸ Vid. Capítulo IV, epígrafe 2.6. b), referido a la utilización de la fuerza ante supuestos de resistencia ante las FCS según la regulación vigente.

congregadas. Así este artículo establece que: *“Uno.- Cualquiera reunión ilegal o manifestación no autorizada o que se desarrolle fuera de los límites o condiciones permitidos por la Autoridad, podrá ser disuelta por las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden. Antes de proceder a ello, deberán intimar por tres veces consecutivas a los reunidos o manifestados, con intervalos de tiempo suficiente. Dos.- Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizado aquélla legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimación cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia, sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública o los manifestantes se produjeran con armas”*.

Parece faltar en una norma como esta la mención expresa a los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza, o al menos alguna remisión a aquéllos, puesto que tal y como viene redactada parecen difusos los límites en cuanto al referido uso de la fuerza. Por otra parte, es significativa su referencia al uso de las armas de fuego, que permite en un espectro muy amplio de supuestos. Así, no es llamativa la posibilidad de hacerlo en casos de ser atacados con tales medios, pero supone la utilización de una fuerza totalmente desproporcionada en casos de resistencia, después de haber intimidado a los congregados, o bien en caso de que porten armas, aunque no las utilicen.

Obviamente esta normativa, hay que situarla en el contexto político en el que se dicta, donde por definición se produce de forma habitual una merma y vulneración de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Hay que señalar también que la Ley de Orden público de 1933, antecedente legislativo de la que acabamos de citar, sí que posee un precepto dirigido al uso de la fuerza en general y no vinculada al caso de reuniones y manifestaciones, que asimismo no dispone la de 1959. Así, el artículo 13 dispone que *“cuando en el ejercicio de sus funciones los Agentes de la*

*Autoridad fuesen agredidos con armas o explosivos, podrán hacer uso inmediato de la fuerza para defenderse de la agresión o repelerla”.*²³⁹

Este precepto podríamos situarlo en el mismo plano o con el mismo significado que la eximente de legítima defensa prevista en el artículo 8.4ª del Código Penal de 1944 refundido posteriormente, y que se correspondería con el artículo 20.4ª del actual.

La STS 20 de octubre de 1980 menciona la Ley de Orden Público de 1959, al referirse a

*“el ordenamiento jurídico, atribuye a la Autoridad y a sus agentes el cumplimiento de ciertas funciones -prevención del delito, detención, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público-, cuyo ejercicio puede hacer necesario y, por lo tanto, legítimo el uso de la fuerza, como lo evidencian los arts. 492 y 546 y siguientes de la L. E. Crim. y 11, 12 y 13 de la **Ley de Orden Público** (RCL 1980\1055 y NDL 22723) -véase especialmente el art. 568 de la primera Ley citada-“.* (La negrita es añadida).

2.5.- Ley 55/1978, de 4 de diciembre de Policía.

Esta norma cuyo ámbito de aplicación se extiende a la Policía, integrada por el Cuerpo Superior de Policía y Cuerpo de la Policía Nacional, y asimismo a la Guardia Civil, únicamente se refiere al uso de la fuerza por dichos agentes, en su artículo 4º.4, en el que se señala: *“Los miembros de los Cuerpos de*

²³⁹ Al igual que la norma de 1959 que le seguirá, la de 1933 se pronuncia en un sentido muy similar en materia de reuniones o manifestaciones y así, en su artículo 10 establece que: *“Las agrupaciones de personas que públicamente se produzcan con armas u otros medios de actuación violenta serán disueltas por la fuerza pública en cuanto no obedezcan al primer toque de atención que se dé para ello. No se requerirá tal intimación cuando los manifestantes hicieren actos de agresión contra la fuerza pública. No cabrá, sin embargo, hacer fuego, sin que preceda otro toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza”.* En este mismo sentido, el tenor literal del artículo 11 añade lo siguiente: *“Cualquier manifestación no comprendida en el artículo anterior y que carezca de la competente autorización, será disuelta por la fuerza pública, si se niega a hacerlo después de los tres toques de atención, dados con la pausa prudencial para permitir que la manifestación será disuelta. Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizado aquella legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimación cuando hubiese sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia, sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública”.*

Seguridad del Estado ejercerán sus funciones de acuerdo con sus respectivos reglamentos, que determinarán los derechos y deberes de los funcionarios en orden a las formas, especialidades, tiempos y lugares de actuación con arreglo a un principio de adecuación de los medios a emplear en cada caso”.

Podemos apreciar una remisión a las reglamentaciones de cada Cuerpo para la concreción de los criterios concretos en la utilización de la fuerza y por tanto a las Circulares, Instrucciones y Órdenes que en el seno de cada Cuerpo policial pudieran existir, como por ejemplo la Orden Ministerial de 1981 que regula los principios básicos de actuación, y posteriormente la Instrucción de la Dirección General de Seguridad de 14 de abril de 1983 referida al uso de armas de fuego que se verán al final de este epígrafe.

Entre otras, la STS 19 de diciembre de 1980 se refiere expresamente a la previsión contenida en el artículo 2º.2. b) de la Ley que regula las misiones genéricas de los Cuerpos de Seguridad, y en concreto la referida a evitar los actos delictivos, haciéndolo de la siguiente forma:

*“Que el deber de evitar la comisión de hechos delictivos y de investigarlos, y de descubrir y detener a los presuntos culpables que corresponde a los Cuerpos de Seguridad del Estado -art. 2.º, 2, b) de la **Ley de Policía de 4 diciembre 1978** (RCL 1978\2657)-, lleva embebida la facultad de emplear medios idóneos para su cumplimiento, entre ellos el uso de las armas, siempre que sea necesario o racionalmente imprescindible para cumplir la función pública que tienen encomendada, y medio adecuado a las peculiaridades del caso concreto, de modo que cuando estos requisitos -necesidad y adecuación- concurren, los actos lesivos que del uso de la violencia pueden derivar quedan justificados por el cumplimiento del deber y libres de responsabilidad penal por mor del núm. 11 del art. 8.º del C. Penal”.* (La negrita es añadida).²⁴⁰

2.5.- Real Decreto-Ley 3/1979, de 28 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

Norma que se dicta para tipificar la apología y otros actos de terrorismo y al mismo tiempo para regular algunos aspectos referidos al procedimiento ante los órganos jurisdiccionales.

²⁴⁰ También se alude a esta norma en la STS de 15 de noviembre de 1988, por haber ocurrido los hechos con anterioridad a la LOFCS de 1986.

Contiene un precepto donde se hace referencia al uso de la fuerza, al señalar en su artículo décimo que: *“Las Fuerzas de Seguridad que tienen atribuida la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios podrán acceder al interior e **intervenir con los medios adecuados** hasta el restablecimiento de la normalidad, cuando se produzcan desórdenes graves, sin perjuicio de las tareas de vigilancia, custodia interior y mantenimiento del orden de establecimientos penitenciarios o departamentos especiales de los mismos que, por razones de seguridad pública, sean atribuidos a las Fuerzas de Seguridad del Estado”*. (La negrita es añadida).

Hay que decir, que si bien se refiere a la intervención con los medios adecuados con una alusión al principio de proporcionalidad, lo hace únicamente en actuaciones que tengan que ver con desórdenes ocurridos en centros penitenciarios, sin que dicha norma señale otros criterios ni tampoco en supuestos más genéricos.

Este Real Decreto-Ley de 1979 junto a la Ley de Orden Público de 1959 serán derogados por la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que sí supuso un gran avance en la regulación de toda esta materia en el sentido de dotar de ciertos instrumentos en garantía de los ciudadanos.

2.6.- Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Son veintiocho principios básicos de actuación que constituyen el antecedente inmediato de la LOFCS, y que se dictaron en consonancia con la Resolución 690, relativa a la “Declaración sobre la Policía”. En esta norma se reconoce tanto la compatibilidad de esta regulación con el carácter militar de la Guardia Civil como también el principio de reserva de Ley que exige la regulación de estas materias, tal y como se prevé en el artículo 104.2 CE.

Así, el principio número 10 señala que: *“En el ejercicio de su actuación profesional, los componentes de aquellas Fuerzas y Cuerpos, actuarán siempre con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran adecuados y proporcionados al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, no hacer uso de la fuerza más allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido y evitar el daño a las personas o cosas”.*

Se refiere expresamente a esta Orden la STS de 2 de julio 1987, en los siguientes términos:

*“que el problema del uso de las armas por los agentes de la Autoridad, en relación con la eximente cuestionada, no se inscribe sólo en la exigencia de **proporcionalidad** de los medios coactivos a emplear, sino en la más profunda y decisiva de la **necesidad**, que el artículo 5,1 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo las líneas marcadas por la Resolución 690 del Consejo de Europa, que ya inspiró la **Orden de 30-9-81** (RCL 1981\2344 y ApNDL 1975-85, 11036) sobre Principios básicos de actuación de la Policía, establece que los miembros de dichas Fuerzas y Cuerpos «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana». Es evidente, pues, que el Tribunal de instancia procedió con absoluta corrección al no apreciar en la conducta del recurrente la circunstancia eximente de actuación en el ejercicio legítimo de cargo, por lo que el motivo debe ser terminantemente rechazado”. (La negrita es añadida).*

También se citan en la STS de 23 de julio de 1987:

*“no ofrece duda que con su actuación aquél infringió el artículo 7 de la comúnmente denominada Cartilla de la Guardia Civil, que ya prevenía que sus miembros deben recurrir al empleo de las armas cuando las palabras no hayan bastado, y el **postulado 10 de la Real Orden de 30 de septiembre de 1981** (RCL 1981\2344 y ApNDL 1975-85, 11036) del Ministerio del Interior, sobre Principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el sentido de que lo harán con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran **adecuados y proporcionados** al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, **no hacer uso de la fuerza más allá de lo razonable** y necesario para cumplir su cometido y evitar el daño a las personas o las cosas, lo cual obviamente, no fue tenido en cuenta por el procesado, para legitimar el empleo de su arma reglamentaria, pues ni la gravedad del delito en su caso cometido, hacían razonable el uso del arma, salvo para efectuar, como hizo en primer término, disparos conminatorios a las ruedas del vehículo, pero siempre procurando evitar el daño a las personas, y cuando ello no fuese dable,*

abstenerse de realizarlo, en evitación de males irreparables, pues nada hay más preciado que la vida de una persona, muy superior siempre a la posible detención de un delincuente que intente fugarse. Por todo ello, el motivo debe rechazarse". (La negrita es añadida).

Se han resaltado los criterios que en la normativa posterior serán consagrados en la LOFCS y que ya son manejados en esta época por la doctrina y la jurisprudencia con la finalidad de mostrar que dichos principios ya se exigían para un correcto uso de la fuerza por las FCS. De hecho, la Orden del Ministerio de Interior de 1981 se considera antecedente directo de la regulación de los principios básicos de actuación de las FCS que serán regulados en el artículo 5 de la LOFCS.

2.7.- Instrucción de 14 de abril de 1983 de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Situamos el análisis de esta Instrucción de 1983 en este epígrafe por haberse dictado con anterioridad a la LOFCS de 1986, si bien está todavía vigente puesto que no ha sido formalmente derogada,²⁴¹ aunque existan otras de fecha más reciente como la Circular 1/1994 o sobre uso de armas de fuego en la Guardia Civil.

Básicamente, esta Instrucción establece unas pautas de actuación referidas a la utilización del arma de fuego en supuestos de “*agresión ilegítima*” contra el agente o contra terceros, y ante casos de huida, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

“1.1. Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona o personas atacadas.

²⁴¹ Todavía se sigue citando como normativa de referencia en diferentes órdenes y circulares internas de aplicación en las FCSE.

1.2. Que el Agente de la Autoridad considere necesario el uso de arma de fuego para impedir o repeler la agresión, en cuanto racionalmente no puedan ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida adecuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa.

1.3. El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias concurrentes lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter fuera desconocido para el atacante.

1.4. Sí el agresor continúa o incrementa su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se debe efectuar por este orden, disparos al aire o al suelo, para que deponga su actitud.

1.5. En última instancia, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, se debe disparar sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible.

1.6. Sólo en supuestos de delito grave, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ante la fuga de un presunto delincuente que huye, deben utilizar su arma de fuego, en la forma siguiente:

a) Disparando únicamente al aire, o al suelo, con objeto exclusivamente intimidatorio -previas las conminaciones y advertencias de que se entregue a la Policía o Guardia Civil- para lograr la detención, teniendo, previamente, la certeza de que con tales disparos, por el lugar en que se realicen, no pueda lesionarse a otras personas y siempre que se entienda que la detención no puede lograrse de otro modo.

b) Disparando, en última instancia, a partes no vitales del cuerpo del presunto delincuente, siempre que concurren todas y cada una de las circunstancias anteriores, cuando le conste al Agente de la Autoridad, además de aquellas, la extrema peligrosidad del que huye por hallarse provisto de algún arma de fuego, explosivos, o arma blanca susceptible de causar grave daño, siempre teniendo en cuenta el lema de la menor lesividad posible y el de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente.

Si se duda de la gravedad del delito, o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar”.

Teniendo en cuenta que esta norma administrativa cuyo valor jurídico será abordado en epígrafes posteriores²⁴², se dictó unos años antes de la publicación de la LOFCS como hemos dicho, uno de los aspectos más relevante que se pueden observar de la lectura de estos preceptos es cómo fija los límites ante una “*agresión ilegítima*” y los criterios que utiliza que han sido elogiados por la doctrina por su redacción garantista de los derechos y libertades de los ciudadanos²⁴³, teniendo en cuenta además que se basa, tal y como se refiere en su Preámbulo en la “Declaración sobre la Policía” aprobado por Resolución de la ONU de 8 de mayo de 1979.²⁴⁴

En esta Instrucción se introducen ya criterios que serán fijados en la LOFCS como se puede apreciar de la redacción del apartado 1.2 de donde

²⁴² Vid. Capítulo III, epígrafe 5.

²⁴³ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 529; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 230 y ss.

²⁴⁴ Vid. Capítulo III, epígrafe 4.

puede encontrarse una referencia al principio de oportunidad o necesidad en abstracto y su componente de menor lesividad, también presente en los apartados 1.3 y 1.4, al aludir a las advertencias previas que debe realizar el agente. Asimismo se hace referencia expresa a la menor lesividad en el apartado 1.5, al referirse a la posibilidad de disparar a zonas no vitales en último lugar y una vez hayan fracasado las actuaciones previas. Pero también cita, también de forma literal, el principio de proporcionalidad en el apartado 1.2. Por último, y por lo que a esta primera parte de la Instrucción se refiere al tratar el uso del arma de fuego ante una agresión ilegítima, cabe decir que es totalmente compatible con los criterios seguidos para la aplicación de la eximente de legítima defensa prevista en el artículo 20.4ª CP, por lo que parece, como han señalado algunos autores, que esta regulación está dirigida a dicha eximente con mayor flexibilidad en la adecuación y lesividad del medio empleado que, en contrario, ocurre con la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.²⁴⁵

Por su parte, el apartado 1.6 hace referencia al uso de las armas en situaciones de huida del trasgresor, asunto que será tratado con mayor profundidad desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial en epígrafes posteriores.²⁴⁶ Por ahora y teniendo en cuenta la regulación que se efectúa en la Instrucción que analizamos, hay que decir que esta disposición no permite el uso del arma de fuego con intención de matar ya que se refiere a los disparos sobre “zonas no vitales” y siempre en supuestos de delito grave, tal y como posteriormente se regulará en el artículo 5.2. d) de la LOFCS. Es importante la referencia final que hace la Instrucción al señalar que “es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente” añadiendo que “*si se duda de la gravedad del delito, o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar*”, con una rotunda visión de prudencia ante medios tan lesivos como la utilización del arma de fuego por las FCS.

²⁴⁵ Sobre la concurrencia de la eximente de legítima defensa y cumplimiento de un deber vid. Capítulo V, epígrafe 2.1.

²⁴⁶ Vid. Capítulo IV, epígrafe 2.6. a)

Hay que decir que la regulación que hace esta Instrucción con alusión clara y, en algunos casos expresa, a los principios que posteriormente se consagrarán como criterios básicos de actuación para las FCS en la LOFCS, hace que sea una normativa de muy frecuente mención entre la doctrina y la jurisprudencia, pese a que no posee ningún valor jurídico al tratarse de una norma interna y estas inspirada en una normativa internacional como hemos visto.

3.- Escueta referencia a la naturaleza de la antijuridicidad y de las causas de justificación. Posicionamiento previo.

El artículo 20.7º de nuestro Código Penal establece que está exento de responsabilidad criminal:

“El que obre en el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

El presente trabajo, como ya se ha señalado previamente, trata de analizar la problemática que puede presentar esta eximente, y más concretamente la referida a obrar en el cumplimiento de un deber por los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el desarrollo de sus funciones policiales. No obstante, de forma previa al citado estudio, creo necesario expresar de manera sucinta cuál es mi postura con respecto a diferentes elementos de la teoría del delito, para que sirva al lector como mera referencia del posicionamiento que asumo en relación con la naturaleza de la antijuridicidad y de las causas de justificación en general, y de forma particular con respecto a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

En cuanto a la **naturaleza de la antijuridicidad**, parto de una **concepción mixta** de la misma, siguiendo en este punto la posición de la mayoría de la doctrina, que entiende que la antijuridicidad debe comprender dos elementos: por un lado el desvalor de acción y por otro el desvalor de resultado. El primero, a su vez, estaría integrado por un desvalor objetivo de acción (peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico) y un desvalor subjetivo de

acción o de intención (voluntariedad contraria a la norma o intencionalidad del sujeto de cometer la acción). Por su parte, el desvalor de resultado exige que efectivamente se produzca un peligro real o lesión del bien protegido.²⁴⁷

En cuanto a la naturaleza de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, es unánime la posición de la doctrina y de la jurisprudencia en cuanto a que la figura contenida en el artículo 20.7º del Código Penal tiene **naturaleza de causa de justificación**.²⁴⁸ Ello es así, por cuanto su proyección sobre una conducta típica exime a su autor de todo tipo de responsabilidad, es decir, que su entrada en juego justifica la conducta típica, que en tanto tal, pone en peligro o lesiona un bien jurídico. Por lo tanto, las causas de justificación son esas condiciones que, de concurrir en el hecho típico e indiciariamente antijurídico, lo convierten en justificado y neutralizan con ello la antijuridicidad. Estamos, pues, en tales casos ante conductas conformes al ordenamiento jurídico en

²⁴⁷ Vid., con distintos matices según los autores, QUINTERO OLIVARES, G (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Parte General del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. 4ª edición. Cizur Menor, 2010, pp. 278 y ss.; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. 10ª edición. Barcelona, 2015, p. 178; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Editorial Rafael Castellanos. 2ª edición. Madrid, 1986, p. 171; LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Elcano, 1995, pp. 87 y ss. Artículo publicado por Diez Ripollés, J.L. con el título “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 256; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Dykinson. 21ª edición. Madrid, 2011, p. 82; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Editorial Dykinson. 3ª edición. 1ª con Dykinson. Madrid, 2002, p. 437; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal (Parte general)*. Editorial Dykinson. 2ª edición. Madrid, 2010, pp. 137-138; JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. III. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Editorial Aranzadi. 6ª edición. Cizur Menor, 2011, p. 157; LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Tecnos. 7ª edición. Madrid, 2004, pp. 249-250; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Editorial Comares. Granada, 2013, pp. 199-200; MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Editorial Bosch. Barcelona, 2001, pp. 17 y ss. No siguen una concepción mixta sino objetiva, COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999, p. 296.

²⁴⁸ Vid. por todos MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 160 y 492.

general o globalmente considerado, y de ahí que no quepa imponer pena, pero tampoco medida de seguridad y ni siquiera responsabilidad civil.²⁴⁹

Cuando un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actúa, por ejemplo, entrando y registrando un domicilio por orden judicial nos encontramos ante dos intereses en conflicto: por un lado, concurre la obligación legal que tiene el agente de obedecer la orden judicial y por otro el derecho a la intimidad previsto en el artículo 18 de la Constitución Española. En este supuesto, la entrada y registro en el domicilio podría suponer, *a priori*, la comisión de un delito contra la intimidad o contra las garantías constitucionales, según el caso, previstos en los artículos 204 y 534 del Código Penal respectivamente, si bien, por aplicación de la eximente en análisis, en los casos en que el supuesto reúna los requisitos pertinentes a tal efecto, la conducta típica quedaría justificada y no sería castigada.²⁵⁰

Por lo que se refiere a la naturaleza de las causas de justificación, asumo asimismo una posición mixta, y así, como la mayoría de la doctrina, considero que deben concurrir presupuestos objetivos y subjetivos para estimar

²⁴⁹ Con la excepción que establece a tal respecto el artículo 118 CP en relación con el estado de necesidad, cuyo tenor literal es: *“En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”*.

²⁵⁰ El artículo 18 de la Constitución establece: 1. *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”* El Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las entradas y registros en lugar cerrado, que en su artículo 558 dice: *“El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.”* También el artículo 568 establece que *“Practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza.”* Por su parte, el artículo 204 CP en relación al allanamiento de morada establece que *“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.”* También en este sentido, el artículo 534.1 del Código Penal establece que *“Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales: 1º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.”*

su existencia.²⁵¹ Para que la conducta típica pueda estar justificada deben darse, pues, los elementos objetivos, que son los que describe el supuesto de hecho concreto fijado en la Ley (situación de lesión o peligro para el bien jurídico, etc). El elemento subjetivo supone la exigencia de que el sujeto conozca esos elementos objetivos y dirija su conducta hacia dichos presupuestos. Es decir, el elemento objetivo haría referencia al supuesto de hecho que da lugar a la situación justificante, y el elemento subjetivo a la necesidad de que el sujeto conozca la situación objetiva justificante y actúe con base en ella.

²⁵¹ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito*. Editorial Tecnos. 6ª edición. Madrid, 2000, pp. 196 y ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Experiencia. Barcelona, 2004, pp. 284 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Opus cit.*, p. 198; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 9ª edición. Valencia, 2015, pp. 333-336; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 256 y ss; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 95 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. Mª (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia 2010, p. 306 y ss., y DE LA MISMA AUTORA, “Lección 9. La antijuridicidad”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Mª (Director) / MORENO-TORRES HERRERA (Coordinadora) / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. / ESQUINAS VALVERDE, P. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2015, p. 134; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid, 2010, pp. 231 y ss; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito... Opus cit.* (Páginas 437-438); LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Dykinson. Madrid, 2011, pp. 464 y ss; LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General... Opus cit.*, pp. 315 y ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Editorial Comares. Granada, 2013, pp. 202-203; OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de Teoría del delito*. Editorial Tecnos. Madrid, 2012, pp. 106 y ss. En cambio entienden las causas de justificación desde una postura objetiva COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 462 y ss; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2012, pp. 351 y ss; ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho+ADE)*. Editorial Comares. Granada, 2012, pp. 110 y ss.

Como ejemplo de lo anterior y en relación a un supuesto genérico podríamos citar el caso en el que un sujeto tira una piedra con el ánimo de dañar una ventana, sin saber que en su interior se había concentrado una gran cantidad de gas y que con esa acción ha conseguido abrir un hueco por donde puede salir y evitar así que se produzca una explosión. O también el del sujeto (A) que con la intención de matar a (B), a quien odia, le dispara en varias ocasiones sin saber que en ese momento (B) iba a matar a (C), logrando así salvar la vida de (C). En estos dos ejemplos podemos ver que el sujeto desconoce los presupuestos objetivos de justificación que efectivamente concurren puesto que su intención es la de dañar o matar respectivamente, con lo cual nos encontramos ante dos situaciones en las que está ausente el elemento subjetivo de justificación ya que si no conocen los presupuestos objetivos no se puede dirigir la conducta hacia su cumplimiento y por ello dicha conducta no podrá quedar justificada por la eximente de estado de necesidad o de legítima defensa respectivamente. La forma en que se castigarán estas conductas se verá con detalle mas adelante.²⁵²

Por otra parte, entiendo que el fundamento de las causas de justificación²⁵³ es el **interés preponderante**.²⁵⁴ La ley penal ha valorado qué

²⁵² Vid. infra: Capítulo IV, epígrafe 2.7.

²⁵³ Considerando como causas de justificación las previstas en los artículos 20.4 (legítima defensa), 20.5 (estado de necesidad) y 20.7 (obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), todos ellos del vigente Código Penal. Algunos autores incluyen también en este catálogo el consentimiento. En torno a este asunto véase, entre otros, COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 492; QUINTERO OLIVARES, G (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, p. 498; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, 332; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 526; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Compendio de *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2015, p. 352. Estos autores entienden que la redacción del artículo 118 CP, impone un carácter tasado al catálogo de causas de justificación penal a las contenidas en los apartados 4º, 5º y 7º del artículo 20 CP. En cambio CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 190, entiende que debe incluirse al consentimiento aunque no se encuentre recogida en el artículo 20 CP, además de otras específicas contenidas en diversos preceptos del Código Penal.

²⁵⁴ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 195 y ss. Este autor también entiende que debe completarse el fundamento con el de respeto a la dignidad de la persona, en el caso de colisión de dos deberes iguales, p. 291; QUINTERO OLIVARES, G (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, pp. 251 y ss; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 493; COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal*.

bienes o intereses tienen preferencia sobre otros y así el ordenamiento jurídico otorga preferencia a uno de los bienes jurídicos en conflicto, al que tiene mayor valor, y de acuerdo con ello entiende justificada esa conducta típica.

Por ejemplo: En el caso de que un agente policial realice un registro en un domicilio por orden judicial, el ordenamiento jurídico ha considerado

Parte General...Opus cit., pp. 487 y ss; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 350 y ss; CARBONELL MATEU, J.C. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Editorial Edersa. Madrid, 1982, p. 165); MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 334 y ss; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 346 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 257; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, 94; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 229-230; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 411 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M^a (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, E. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 304 y ss., y DE LA MISMA AUTORA, “Lección 9. La antijuridicidad”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M^a (Director) / MORENO-TORRES HERRERA (Coordinadora) / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. / ESQUINAS VALVERDE, P. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 133; LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General...Opus cit.*, pp. 314-315; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 202 y 228. SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995, pp. 78 y ss. También puede verse que la jurisprudencia ha considerado este principio del interés preponderante en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1970, 6 de julio de 1971, 8 de marzo de 1974, 24 de septiembre de 1974, 25 de abril de 1980, 29 de octubre de 1980, 3 de mayo de 1982, 13 de mayo de 1982, 29 de enero de 1983, 30 de marzo de 1983, 16 de mayo de 1983, 28 de enero de 1984, 5 de julio de 1985, 18 de mayo de 1988, 24 de enero de 1995, 24 de noviembre de 1997, 1262/2006, de 28 de diciembre, 544/2007, de 21 de junio y 454/2014, de 10 de junio, entre otras. Los autores que incluyen al consentimiento como causa de justificación, entienden que su fundamento es la “ausencia de interés”, debido a la libre disposición que su titular hace del bien jurídico afectado renunciando al mismo. Sobre este asunto véase, entre otros, a NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 229-230; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 411 y ss; LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General...Opus cit.*, pp. 314-315.

preferente el derecho a la seguridad de los ciudadanos como expresión del interés público frente al derecho individual a la intimidad domiciliaria; lo mismo que en el supuesto referido a la detención de una persona que es sorprendida en flagrante delito, la ley otorga también preferencia al interés público como garantía de la protección de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, frente a la libertad individual de la persona arrestada. Todo ello, como es evidente, en la medida en que se cumplan los requisitos legales para que pueda operar la causa de justificación.

Pese a que algunos autores entienden que la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber puede resultar superflua,²⁵⁵ yo **considero que la regulación expresa en el Código Penal de esta eximente es necesaria**²⁵⁶

²⁵⁵ Así, entre otros: JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal. Tomo V*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950 a 1970, pp. 808-809 y 816 y ss; CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972, p. 360; PÉREZ ALONSO, E.J. *La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente*, en CPC nº 56, 1995. pp. 623 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Akal. 5ª edición. Madrid, 1998, pp. 251 y ss) Dicho autor no incluye la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber cuando analiza las causas de justificación, de lo que se extrae que no la considera necesaria; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M^a (Director) / MORENATORRES HERRERA, E. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 323; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 361.

²⁵⁶ También de esta opinión, MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 488; CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 290; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, Pp. 492-493; COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 488; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 289; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 502 y ss; CARBONELL MATEU, J.C. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes... Opus cit.*, p. 131; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 253; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I... Opus cit.*, p. 428; LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General... Opus cit.*, p. 318; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El

como cláusula general de cierre del ordenamiento jurídico. Con ello se logra su unidad y coherencia, y se abre la puerta al resto de normas como fuente de justificación bajo la simple pero importante idea de que lo considerado lícito por una norma no penal no puede resultar ilícito de acuerdo con la ley penal ya que por el carácter de *ultima ratio* de esta última hay muchas infracciones administrativas, etc., que no lo son desde el punto de vista penal. Entiendo que no debe desdeñarse la posibilidad de regular aspectos que pueden resultar evidentes, si con dicha regulación expresa se consigue un catalizador de las normas no penales y una mayor seguridad jurídica, bien entendido que de ello se derivan solo efectos beneficiosos y ninguno negativo.

Abundando en este planteamiento, cabe señalar que, desde su introducción en el Código Penal de 1848, esta eximente ha sido recogida en todos los textos penales hasta el actual de 1995, que la ha mantenido intacta en todas las reformas de que ha sido objeto, incluida la última efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.²⁵⁷

4.- Obrar en el cumplimiento de un deber versus ejercicio legítimo del cargo.

Así mismo, antes de abordar la problemática que presenta esta eximente, estimo conveniente hacer una precisión terminológica, pues a veces se produce una confusión entre dos aspectos de la eximente contenida en el artículo 20.7º. Me refiero a la **diferencia entre la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y la de obrar en el ejercicio legítimo del cargo**, siempre en referencia a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Algunos autores entienden que ambos aspectos quedarían perfectamente regulados por la eximente de obrar en el cumplimiento de un

consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 228.

²⁵⁷ Vid. sobre ello supra: Capítulo I: Evolución histórica de la eximente.

deber puesto que regulan situaciones idénticas²⁵⁸, otros otorgan contenido diferente a cada una de ellas,²⁵⁹ y otros entienden que la mayor parte de las actuaciones públicas “han encontrado más adecuada acogida en el supuesto de cumplimiento de un deber”,²⁶⁰ aunque utilicen la expresión “ejercicio legítimo del cargo”²⁶¹ para referirse a estas actuaciones.

En mi opinión, y siguiendo aquí a ORTS BERENGUER y a GONZÁLEZ CUSSAC, “el art. 20.7º parece pensado para cargos públicos, pero al no especificar más puede concluirse que abarca las actividades de cargos que no lo sean.”²⁶² Este es el principal obstáculo que se plantea a la hora de definir los supuestos contemplados por cada eximente, que la norma que la define regula ambos aspectos y por ello podemos entender que son diferentes, aunque realmente lo que se haya pretendido es una redacción que pueda abarcar todos los supuestos posibles.

MIR PUIG hace una “clasificación simplificadora”²⁶³, en la que recoge supuestos en los que la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber puede derivarse o no de oficio o cargo, y al mismo tiempo, el ejercicio legítimo de un derecho puede también provenir o no, de oficio o cargo. Entiendo que esta es la idea que parece plantear el artículo 20.7 del Código Penal.

Evidentemente el cumplimiento de un deber puede ser exigido a quien no ejerce un cargo público, y podemos citar como ejemplo la obligación impuesta al particular por el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a

²⁵⁸ Vid. por todos, CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 290; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995... Opus cit.*, pp. 189-190.

²⁵⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 494 y ss.

²⁶⁰ LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 95.

²⁶¹ SÁNCHEZ GARCÍA, M.I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 70 y ss. Esta autora utiliza el término “ejercicio legítimo del cargo” para titular su obra, aunque mantiene que este ejercicio “tiene carácter de deber para el funcionario”.

²⁶² ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 396.

²⁶³ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 494. En la misma línea, CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 490.

denunciar los delitos públicos que observe o tenga conocimiento, o la obligación de impedir delitos que impone también al ciudadano el artículo 450 del Código Penal. En estos dos supuestos, la obligación también se dirige hacia los cargos públicos como ciudadanos considerados de manera genérica. Igualmente puede predicarse esta obligación legal del personal que ejerce funciones de Seguridad Privada, cuyo tratamiento se realizará más adelante.²⁶⁴ También se impone dicha obligación legal cuando el cargo público se concreta en las Autoridades o agentes de la misma que tienen como función la persecución del delito y de sus responsables, si bien, en este caso, desde preceptos diferentes, como son el artículo 262 de la LeCrim o el 412 del Código Penal.

Dentro de la esfera del ejercicio legítimo del cargo, parece derivarse el adjetivo “público”, y así puede pensarse en casos como por ejemplo el médico o el profesor que, siendo funcionarios públicos, ejercen dicho cargo con incidencia lesiva en pacientes o alumnos.

En este marco de ejercicio legítimo del cargo por los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podemos citar dos supuestos. En primer lugar, aquellos casos en los que la ley otorga facultades a los agentes policiales que pueden incidir sobre diferentes derechos y libertades de los ciudadanos pero sin que exista obligación para ello. Como ejemplo podemos citar el caso del cacheo o la identificación, donde no existe una obligación de hacerlo pero se tiene esa facultad legal, siempre claro está con unos requisitos establecidos en la propia ley. Y en segundo lugar, como consecuencia de obrar en el cumplimiento de un deber, puesto que practicar una detención a la que se está obligado implica también ejercer legítimamente un cargo.

Como conclusión baste decir que considero que si bien los casos que pueden quedar bajo la cobertura de la eximente de ejercicio legítimo de un cargo pueden contemplar supuestos no referidos a las actuaciones policiales,

²⁶⁴ La reciente Ley 5/2014, de 23 de noviembre de Seguridad Privada establece en su artículo 32.1 d), la obligación de detener al delincuente por el personal de seguridad privada. Sobre cómo se articula esta previsión legal con el principio de habilitación legal vid. Capítulo IV, epígrafe 2.1 b).

como hemos visto, en el caso de que dichos casos estén referidos a intervenciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, donde se produce una obligación legal de actual, sería aplicable la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Con todo, no se debe perder de vista que la mayoría de los casos, o al menos los de mayor incidencia en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, de actuación de cargos públicos están referidos a los agentes policiales.

Esta misma argumentación, que se viene defendiendo, es la que ha sido manejada por el Tribunal Supremo que ha reconocido que:

“aunque no coinciden plenamente el cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del cargo, no hay duda de que se produce un amplio solapamiento en el contenido de ambas causas de justificación cuando es la Autoridad o agente de la Autoridad quien desempeña un cargo público.”²⁶⁵

En el mismo sentido se pronuncia la STS 871/1998, de 19 de junio, referida a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraba en el Muelle de Bilbao y fue avisado de que una persona estaba molestando a los equipos de socorro que atendían a un herido, produciéndose un forcejeo entre ambos en cuyo transcurso el agente golpeó en la cara con la pistola a este sujeto, procediendo a su detención. El Tribunal Supremo alude a que:

“La circunstancia 11 del art. 8 del CP declara exento de responsabilidad criminal al que «obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». De las tres referencias que contiene el citado precepto hemos de escoger la primera, en la que se establece una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir. El cumplimiento de un deber ha de ajustarse a la norma jurídica que le sirve de base. Sus límites se hallan en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales. De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente”.

Por tanto, considero que ambos supuestos son las dos caras de la misma moneda, siendo la más apropiada, cuando nos referimos a las

²⁶⁵ STS de 24 de junio de 1988 (Fundamento de Derecho Sexto). En esta sentencia se analiza la condena de tres miembros del Cuerpo Nacional de Policía por homicidio con aplicación de la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber.

actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la de obrar en el cumplimiento de un deber, y por ello, como veremos a lo largo del presente trabajo, tanto la doctrina como la jurisprudencia le otorgan ambas denominaciones con la idea común que ya hemos expresado.

**PARTE II – REQUISITOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR
LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. CORRECTA
UTILIZACIÓN DE LA FUERZA POLICIAL.**

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE EL USO DE LA FUERZA POLICIAL.

SUMARIO

- 1.- Planteamiento.**
- 2.- Marco normativo vigente.**
- 3.- Las armas de dotación reglamentaria en las FCS.**
- 4.- Normativa internacional vigente sobre la materia.**
- 5.- Normativa administrativa interna referida al uso de la fuerza y uso de armas de fuego. Rango normativo.**
- 6.- Conclusiones. Algunos interrogantes pendientes.**

PARTE II – REQUISITOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. LA CORRECTA UTILIZACIÓN DE LA FUERZA POLICIAL.

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE EL USO DE LA FUERZA POLICIAL.

1.- Planteamiento.

A diferencia de otros preceptos como los que regulan la legítima defensa o el estado de necesidad, el artículo 20.7 del Código Penal (anterior artículo 8.11º en los diferentes textos penales de la Codificación), que contiene la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, no establece requisitos concretos exigibles para esta figura, con lo que se habrá de estar a la doctrina y jurisprudencia para elaborar su catálogo. Esta ausencia de regulación expresa de las condiciones de aplicación con anterioridad a la aprobación de la LOFCS, hizo que algunos autores buscaran el apoyo legal necesario para dotar de contenido a la eximente en la legislación administrativa o códigos deontológicos de las diferentes profesiones.²⁶⁶ También, por este motivo, algunos autores han querido ver en esta eximente una “*causa de justificación en blanco*”.²⁶⁷ En las páginas siguientes se analiza de qué forma se encuentran perfilados los principios que rigen el recurso a la coacción o a la violencia por parte de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Para ello se parte de un análisis descriptivo del marco normativo vigente, a partir del cual se acomete a continuación un estudio de la posición doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia.

Un punto de inflexión en cuanto al análisis de los principios y requisitos que han de guiar el correcto uso de la fuerza policial es la aprobación de la Ley

²⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Coacción directa y justificación”, *Revista jurídica de Cataluña*, nº 3, 1983, pp. 110 y ss, se basaba en los principios de habilitación legal, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, tomados de la normativa reguladora del Procedimiento Administrativo.

²⁶⁷ ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte general...Opus cit*, p. 122. Entiende este autor que “*según la profesión o el cargo de que se trate, su contenido va a ser diverso.*”

Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que no solo rediseña el mapa policial español haciendo un reparto de competencias, sino que, para el caso que más nos interesa, establece cuáles van a ser los requisitos para un correcto uso de la fuerza por sus destinatarios. Esta norma hace una referencia expresa a los criterios que han de regir el uso de las armas por los agentes policiales, por lo que se hace necesario analizar en esta primera parte referida a la legislación en vigor, de qué forma está regulado el uso de armas por aquéllos, lo que inevitablemente lleva consigo comprobar cómo se regula legalmente el uso de armas de dotación reglamentaria o asignadas como particulares a los componentes de las FCS pero que pudieran utilizar cumpliendo su función. En este contexto, constituye asimismo un ineludible punto de referencia la STS 891/2008, de 11 de diciembre (Caso Roquetas), que trató la cuestión de las denominadas “*armas antirreglamentarias*” como será analizado con detalle en su momento.

Como hemos visto en apartados precedentes, ciertas normas del ordenamiento jurídico facultan a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a ejercer la coacción o la violencia en el desempeño de sus funciones de protección derivadas de la Constitución y las Leyes²⁶⁸, con una posible incidencia lesiva en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, que supondrían la realización de conductas antijurídicas si no estuvieran bajo la cobertura de esta causa de justificación.

Como se viene manteniendo a lo largo de este trabajo, la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber prevista en el artículo 20.7º del Código Penal legitima el uso de la coacción o la violencia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si bien es necesario delimitar, por un lado, lo que entendemos por simple coacción o requerimiento para cumplir las órdenes de los agentes dentro del marco legal, y por otro, la violencia, o fuerza física si se quiere, no debiendo confundirse ambos aspectos. Así, la coacción puede producirse cuando un agente policial conmina a una persona a que obedezca una orden legítima (detener su vehículo, mostrar su documentación, apartarse

²⁶⁸ Véase Capítulo II, epígrafe 1.3.

de un lugar, etc.) o cuando se practica un cacheo donde se le registra a un ciudadano por si porta algún tipo de objeto peligroso.²⁶⁹ En estos casos, se produce una intimidación verbal que supone quebrantar la voluntad del ciudadano y obligarle a hacer o no hacer algo, de acuerdo con lo previsto en la Ley. El uso de la fuerza policial supone un paso más en el grado de coacción ejercida y puede materializarse en la utilización de la fuerza física para reducir y detener al autor de un delito que se resiste a ello y que adquiere su mayor intensidad cuando es necesaria la utilización de la defensa (denominada coloquialmente como “porra”), sprays o, en última instancia, el uso de armas de fuego. En este segundo caso, se exigirá la resistencia o actitud poco colaboradora por parte del sujeto con respecto a los agentes en términos que exijan el uso indispensable de la fuerza física para doblegar la voluntad del sujeto y cumplir la Ley.

Algunos autores han querido plantear una diferencia insalvable entre la fuerza y la violencia policial diciendo que *“en toda la formulación de este problema subyace una distinción atinada entre el uso de la fuerza y la violencia. Aquella se admite con las debidas limitaciones, ésta, en cambio, nunca se admite.”*²⁷⁰ Si buscamos el significado gramatical del término “violencia”²⁷¹ nos encontramos con que supone una *“acción y efecto de violentar o violentarse”*, y como tercera *acepción se dice que es una “acción violenta o contra el natural medio de proceder”*. Por su parte, el significado de “violentar” es *“aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”*. Por último, el adjetivo “violento/a” significa *“que está fuera de su natural estado, situación o modo. Que obra con ímpetu y fuerza. Que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinaria.”* El significado que de la palabra fuerza ofrece el

²⁶⁹ La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, autoriza a las FCS a efectuar diversas actuaciones en el ejercicio de su función, como la identificación de personas (artículo 16), restricción del tránsito y controles en vías públicas (artículos 17), comprobaciones y registros en lugares públicos (artículo 18), la práctica de los registros corporales externos (artículo 20), etc. Véase también la STC 341/1993, que con ocasión de la anterior normativa sobre protección de la Seguridad ciudadana (LO 1/92, de 21 de febrero), fijó los límites de actuación en este tipo de actuaciones policiales que afectan a derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁷⁰ BERISTAIN IPIÑA, A. “Código deontológico policial según Naciones Unidas”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, p. 105.

²⁷¹ Significados extraídos de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

diccionario es “*vigor, robustez y capacidad para mover algo o a alguien que tenga peso o haga resistencia*”. En este punto no se debe olvidar que en materia penal y en referencia concretamente a los delitos contra el patrimonio previstos en el Código Penal, es doctrina asentada que cuando utilizamos el término “*violencia*” siempre nos estamos refiriendo a la fuerza empleada sobre la persona, quedando el término “*fuerza*” reservado para utilizarse sobre la cosa.²⁷² A esta conclusión puede llegarse igualmente a tenor de la redacción de preceptos del texto penal que asocian la fuerza para acceder al lugar donde se encuentran las cosas (artículo 238 CP), y la violencia e intimidación sobre las personas (artículo 242 CP). De otro modo, en otros delitos como el contenido en el artículo 202.2 CP, que regula el subtipo agravado del delito de allanamiento de morada cuando se comete mediante violencia e intimidación²⁷³, el Tribunal Supremo mantiene que también es aplicable a los casos donde el medio de ejecución es la violencia material sobre las cosas.²⁷⁴

Entiendo que los términos *fuerza* y *violencia* se pueden utilizar indistintamente para referirse a ese paso más a la simple coacción que, con los límites y requisitos exigibles, realizan los agentes policiales ante una resistencia o actitud agresiva por parte del ciudadano, y que se hace necesaria para cumplir con su función legal.²⁷⁵

²⁷² Vid. por todos GONZÁLEZ RUS, J.J. “Artículo 242”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Coordinador). *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*. Editorial Dykinson. Madrid, 2011, p. 453.

²⁷³ El artículo 202 CP establece que: “1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*”

²⁷⁴ SSTs de 9 de febrero de 1990; 21 de abril de 1988 y 6 de noviembre de 1987, entre otras.

²⁷⁵ Buena parte de la doctrina utiliza el término *violencia* de forma natural en este contexto, así por ejemplo QUINTERO OLIVARES, G / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit*, p. 512; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II... Opus cit*, p. 301; CERVELLÓ DONDERIS, V. *Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva... Opus cit*, p. 22. Esta referencia a la utilización de la violencia por la policía también es utilizada de manera habitual por el Tribunal Supremo y así, entre otras, la STS 17/2003, de 15 de enero (FD 4º) dice que “*se trata de la actuación de un agente de la autoridad que tiene no solo la facultad, sino también, el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas, que reglamentariamente tiene asignadas.*”

Del mismo modo, el grado e intensidad en la fuerza o violencia utilizada por los agentes puede variar en función del caso concreto y así incidir de forma diferente en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos atendiendo a dicha graduación. De esta forma, en el caso de que un sujeto ofrezca una resistencia leve a su detención, la actuación podría provocar una lesión en el derecho a su libertad de circulación y una lesión también leve a su integridad física. En cambio, en el caso de que el sujeto ofrezca una gran resistencia a la detención propinando incluso golpes a los agentes, el grado de fuerza que deberá emplearse será mucho mayor lo que podrá provocar lesiones más graves. Es por ello que al referirme al uso de la fuerza me estaré refiriendo a todos los casos citados independientemente de su intensidad, si bien, cada caso deberá ser rigurosamente analizado para comprobar si se adapta a los requisitos que se exigen para poder aplicar la eximente.

Así por ejemplo, la STS 882/2010, de 15 de octubre, se ocupa de un caso referido a un agente del Cuerpo Nacional de Policía que estando de servicio en la entrada de una comisaría de Madrid, introduce a un ciudadano en el interior de las dependencias policiales cogiéndole del brazo, por haber recriminado al agente su actitud con respecto a una mujer a la que impidió la entrada a la comisaría con un empujón, produciéndose un forcejeo entre ambos. La Audiencia Provincial de Madrid, condenó al agente policial como autor de un delito de lesiones atenuadas previstas en el artículo 147.2 del Código Penal. La Sala del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación confirmando la resolución de la AP, con el siguiente razonamiento:

“Respecto a la eximente de cumplimiento de un deber, oficio o cargo, han sido diseñados sus requisitos por nuestra jurisprudencia, en el sentido de que se integra por los siguientes elementos: a) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; b) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados; c) que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y d) que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. Ahora bien, la doctrina jurisprudencial sobre la eximente de ejercicio legítimo de un oficio o cargo requiere imprescindiblemente que en ese ejercicio, cuando se emplee fuerza, ésta sea proporcional a la función a realizar, racionalmente imprescindible para su cumplimiento, sin que se observe extralimitación alguna por parte de quien la emplee, y que, por parte de quien la soporta se haya ofrecido cierto grado de

*resistencia o un actitud peligrosa. Solo así el empleo de fuerza merecerá el calificativo de legítimo que se antepone en el texto del número 7.º del artículo 20 del Código Penal al ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Y en el caso de autos, como exponen los jueces "a quibus" con aroma fáctico, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, es que el motivo de ordenar el policía al después lesionado que se identificara por el reproche que había realizado a la mujer, en una actuación calificada de "descortés" y "violenta frente a una mujer", agarrándole de la mano para introducirle en la Comisaría, era **innecesario**, pues ninguna negativa a identificarse se había producido, siendo así que "el clima de tensión lo había creado el propio policía".*

En sentido contrario, la STS 474/2005, de 22 de marzo, resuelve un asunto donde la componente femenina de una patrulla de la Policía Local de un municipio de Barcelona recrimina a unos jóvenes el hecho de que estaban utilizando unos columpios para niños pequeños, hecho que es observado por un vecino que profiere expresiones malsonantes contra los agentes. Al acercarse a dicho vecino, la agente le solicita que se identifique negándose a ello, por lo que se le invita a que le acompañe a dependencias policiales, persistiendo en su negativa, cogiéndole entonces del pecho y produciéndose en este momento un forcejeo entre los tres que finaliza con la detención de esta persona. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó los dos agentes que integraban la patrulla de la Policía Local por una falta de lesiones, si bien en este caso el Tribunal Supremo absolvió en casación alegando que:

“1. En síntesis viene a mantener que ambos actuaron en el ejercicio de un derecho de legítima defensa, reforzado por su condición de agentes de la autoridad que actuaban en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus funciones ante una actitud provocativa, agresiva y violenta de la persona que resultó detenida. 2. El relato de hechos probados nos describe una conducta absolutamente desproporcionada por parte del ciudadano que intervino ante la observación de los agentes a unos jóvenes que estaban jugando en unos columpios reservados para niños más pequeños. Ante la actitud destemplada y grosera y ante su negativa a identificarse la agente municipal le pidió que le acompañara a comisaría y ante su negativa le «agarro por el pecho» a lo que respondió el otro acusado intentando zafarse y propinándole un golpe en la cara. 3. Es evidente que los hechos constituyen un incidente en el que los agentes de la autoridad intervinieron en el ámbito de sus funciones y que sólo reaccionaron ante las groseras expresiones del acusado. La circunstancia de agarrar por el pecho a una persona que adopta la actitud antes descrita sin ninguna otra connotación o añadido de violencia no puede ser constitutiva de infracción alguna, ni siquiera de la infracción leve por la que ha sido condenada.”

En las dos resoluciones que se acaban de citar se tratan supuestos donde se utiliza una fuerza mínima para el cumplimiento de la función policial al estar referidos a casos en los que la actitud de la persona con la que actúan los agentes se muestra simplemente contraria a cumplir los mandatos recibidos o bien no ofrecen resistencia alguna. En cambio, puede ocurrir que la resistencia o la fuerza empleada por los agentes para llevar a cabo su misión deban ser mucho mayor en base a la actitud mostrada por el ciudadano. Así, puede citarse la STS 347/1993, de 20 de octubre, en la que se trata un supuesto en el que una patrulla de policía es avisada de que dos jóvenes armados con pistola y navaja estaban cometiendo un atraco en un bar de la localidad, bajando éstos la persiana para mayor impunidad y dirigiéndose al lugar siendo uno de los policías acometido por uno de los asaltantes que iba armado con una navaja, por cuyo motivo el agente disparó su arma causando la muerte del joven. La Audiencia Provincial de Valencia absolvió al agente aplicando la eximente en examen y el TS confirmó la sentencia aludiendo a la actitud mostrada por el sujeto:

*“en atención a las circunstancias concurrentes de protección a las personas -S. 5-7-1985 (RJ 1985\3960)- existiendo la necesidad en abstracto del medio empleado lo que hace que opere como eximente completa -Sentencias, por todas, de 9-12-1986 (RJ 1986\7859), 2-7-1987 (RJ 1987\5150), 19-4-1988 (RJ 1988\2821)- **debiendo apreciarse por la grave resistencia interpuesta por la víctima** -SS. 23 febrero y 19 abril 1988 (RJ 1988\1237)-. Ello resulta coincidente, por otra parte, con cuanto expresa el art. 5.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existiendo riesgo grave para la vida, debiendo actuarse con la decisión necesaria y sin denuncia cuando de ello depende evitar daño grave, inmediato e irreparable y rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”. (La negrita es añadida)*

Hay que partir de la idea de que toda esta problemática debe ser analizada desde el punto de vista de un Estado democrático donde impera el principio de legalidad.²⁷⁶ Por ello, y dado que, como hemos visto, se trata de la

²⁷⁶ El artículo 1 de la Constitución establece que España se configura como un Estado “social y democrático de Derecho”. Así mismo en el artículo 9.3 se consagra el “principio de legalidad” que se desarrolla en el artículo 25 de la CE cuando dice en su apartado primero que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel

regulación de una cuestión que incide directamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, opino que debe ser la Ley la que ofrezca cauces correctos en el uso de la fuerza policial y delimite sus requisitos y contenido, sin perjuicio de que su desarrollo y concreción pueda efectuarse con otros instrumentos subordinados a la Ley como los Reglamentos, Órdenes, Instrucciones, etc. Sobre esta cuestión ya opinaba QUERALT con anterioridad a la publicación de la LOFCS diciendo que *“a diferencia de lo que, en cambio, sucede en Derecho alemán en el que está específica y determinadamente regulado tanto el uso de la coacción directa por parte de la policía como los medios lícitos a emplear, en Derecho español está ausente una configuración similar a nivel legal; lo cual conduce el problema a la sede de la actuación genérica a la Administración en materia ejecutiva. No obstante, tal vacío no es óbice a que dicho sujeto se considere vinculado a algún tipo de regulación, dado que, a tenor del artículo 103.1 CE, la Administración pública está ligada no sólo a la Ley, sino también al Derecho. Hasta tanto no se detalle pormenorizadamente, como sería de desear, en una norma emanada del Poder legislativo los requisitos en cuestión, los principios básicos de actuación de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tal como ya reza el artículo 104.2 CE, habrán de regir con carácter general los criterios aplicables a la Administración pública; en el bien entendido de que en su futura regulación no podrá sino confirmar los principios constitucionales. Para lo que aquí interesa, reténgase, pues, que toda injerencia de la Administración pública requiere: i) su cobertura legal expresa; sin ella no puede hablarse de habilitación legal para actuar; y ii) ya que no existe una descripción de los medios materiales a utilizar según los diversos casos, el límite de su actuación vendrá dado por el respeto de la dignidad de la persona.”*²⁷⁷ Este mismo autor, en estudios posteriores a la

momento.” Vid. sobre ello, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2ª edición. Valladolid, 2011, p. 171; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”...*Opus cit.*, p. 143; BARCELONA LLOP, J., “El uso de las armas por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica”...*Opus cit.*, p. 119.

²⁷⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Coacción directa y justificación”. *Revista jurídica de Cataluña*, 1983, p. 645.

LOFCS, mantenía que *“la ley es el único medio de limitación de derechos de los ciudadanos.”*²⁷⁸

También en este sentido, la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981, que regulaba los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya vista en el capítulo II, mencionaba que *“reconociendo el principio de reserva de ley proclamado en la Constitución, cubra el vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico –con carácter provisional hasta que se dicte la norma legal de rango adecuado, que, una vez aprobada por el Gobierno, será sometida al Congreso, según lo previsto en el artículo 88 de la Constitución- y constituyan fuente de inspiración de la política de promoción legislativa y de desarrollo de las competencias que en materia de seguridad ciudadana han de corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.”*²⁷⁹

Nuestra Carta Magna no contiene ninguna referencia expresa sobre cuáles son los límites al uso de la coacción o violencia por las FCS. Antes de la publicación de la LOFCS se habían dictado algunas normas reglamentarias internas y otras internacionales que permitían perfilar cómo y en qué casos los agentes policiales podían utilizar la fuerza,²⁸⁰ los cuales tuvieron, en el momento en el que se encontraban en vigor, su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia tal y como se ha analizado en el Capítulo II, si bien, y a pesar de ello, la doctrina se apoyaba en las normas administrativas referidas en el artículo 103 CE.

Como ya he dicho, estimo que debe ser una norma con rango de Ley la que regule los criterios y principios que deben presidir el uso de la fuerza

²⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 5. Enero-marzo, 1990, p. 144.

²⁷⁹ La Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981, que recoge un total de veintiocho principios básicos de actuación derivados a su vez de la normativa internacional sobre la materia de 1979, supone el precedente inmediato del artículo 5 de la LOFCS de 1986.

²⁸⁰ Véase el Capítulo II de este trabajo, epígrafe 2, donde se detallan cuáles eran las normas existentes antes de la aprobación de la Constitución y de la LOFCS y se referían al uso de la fuerza policial.

policial, por los motivos que se han expresado. Pero no solo eso; también considero necesario, y por las mismas razones, que los supuestos habilitantes que permiten actuar a los agentes igualmente deben estar regulados en una norma con rango de Ley. Me refiero a todos aquellos casos en los que se atribuyen funciones que suponen el punto de partida en una actuación policial. Esta función la cumplen dos normas fundamentales en esta materia. Por un lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal para todas aquellas cuestiones relacionadas con las funciones de las FCS como policía judicial (detención, entradas y registros, intervenciones telefónicas, intervenciones corporales, toma de muestras, etc.), y, por otro lado, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que habilita a los agentes a realizar controles de identidad, cacheos, traslado a dependencias policiales, etc. Precisamente, una de las principales mejoras de esta nueva norma, con respecto a la anterior LO 1/92, de 21 de febrero, es que concreta mucho más los supuestos habilitantes para la actuación de los agentes, que en la anterior quedaban justificados simplemente con la protección de la seguridad ciudadana.²⁸¹

²⁸¹ En el apartado III del Preámbulo de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana se dice que *“la relación de estas potestades de policía de seguridad es análoga a la contenida en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, si bien, en garantía de los derechos de los ciudadanos que puedan verse afectados por su legítimo ejercicio por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se perfilan con mayor precisión los presupuestos habilitantes y las condiciones y requisitos para su ejercicio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.”* Así, se puede ver la preocupación del legislador por que estos supuestos queden recogidos de la forma más concreta y precisa posible al entender, como dice el apartado II del mismo Preámbulo que *“libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada.”* Pero no se trata solo una declaración de intenciones sino que puede apreciarse esta concreción por ejemplo en la regulación que hace la citada norma de los supuestos en los que se permite la identificación de personas, previsto en el artículo 16 que establece que *“los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito”*, o los casos en los que se puede efectuar un cacheo que el artículo 20 LOPSC determina: *“Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*. Un análisis sobre esta norma puede verse en ALONSO PÉREZ, F. *Seguridad Ciudadana. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1994.

En epígrafes posteriores, como decía, y sobre la base de lo anterior, se hará una exposición de la manera en que la doctrina y la jurisprudencia tratan esta cuestión relativa a los requisitos del uso de la fuerza policial, analizando sus puntos de encuentro y sus diferencias y resaltando la problemática que se plantea en esta materia, y señalando las soluciones que se han adoptado.

2.- Marco normativo vigente:

El artículo 104 de la Constitución Española de 1978 se configura como punto de partida en lo referido a las misiones encomendadas a las fuerzas policiales y los principios que van a regir sus actuaciones cuando dice lo siguiente: *“1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad bajo la dependencia del Gobierno tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una Ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*

Por otro lado, el artículo 126 de la Constitución Española establece que *“la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”*.²⁸² La ley a la que hace referencia es, principalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los aspectos procedimentales que, para los agentes policiales, posee este artículo son amplísimos, y muchos de ellos inciden de manera expresa en el

²⁸² ALONSO PÉREZ, F. (Coordinador). *Manual del Policía...Opus cit.*, p. 29, entiende que desde estos dos preceptos constitucionales se puede decir que surgen dos tipos diferentes de policía desde el punto de vista material, y así el artículo 104 CE estaría refiriéndose a la *“policía administrativa”* y el artículo 126 CE a la *“policía judicial”*. La propia LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, regula funciones como *“policía administrativa de seguridad”*, en consonancia con lo reseñado por este autor, para referirse a funciones como las obligaciones de registro documental de empresas dedicadas a actividades relacionadas con la seguridad ciudadana (art. 25), espectáculos y actividades recreativas (art. 27), etc, pero también se refiere a la *“policía de seguridad”*, cuando se trata de actuaciones como la identificación de personas (art. 16) o el registro corporal externo (art. 20), entre otras. Por lo tanto a los dos supuestos anteriores habría que añadir este último para tener una clasificación de las funciones policiales según la ley vigente. Esta triple funcionalidad de la policía es la que defiende QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *“Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”...Opus cit.*, p. 137, otorgándole funciones como policía *“administrativa, gubernativa o judicialmente”*.

tratamiento de la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber, pues como policía judicial se realizan detenciones, entradas y registros, intervenciones corporales, etc.

En el presente epígrafe me voy a centrar en la primera de las normas citadas, puesto que la regulación de los requisitos que deben concurrir con ocasión de las actuaciones policiales, uso de la fuerza y uso de armas vienen expresados en los artículos 5.2, apartados c) y d), de la LOFCS, al ser la norma que contiene los principios básicos de actuación que se deben utilizar en dichos supuestos. Entre las normas que regulan las facultades o funciones que poseen las FCS (LOFCS, LOPSC, LeCrim, etc.), no existen preceptos que de forma expresa citen el uso de la fuerza como posibilidad de actuación de los agentes, como lo hace como por ejemplo el artículo 568 de la LeCrim que, referido a las entradas y registros en lugar cerrado, dice que *“practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza.”* Junto a la diligencia de entrada y registro en un domicilio, la LeCrim establece numerosas actuaciones a las FCS como Policía Judicial, que llevan asociadas de forma implícita la posible utilización de la fuerza, como la detención, la identificación, la intervención corporal, etc. Otras como la LOPSC también llevan este tipo de mensajes subyacentes, como en el caso de las identificaciones o cacheos. Pero es importante resaltar que para este tipo de actuaciones previstas en la LeCrim o LOPSC, entre otras, rigen los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 5.2 de la LOFCS. Por ello, y sin perjuicio de ir comentando diferentes aspectos al hilo de todas estas actuaciones relacionadas con la investigación criminal que irán apareciendo a lo largo del presente trabajo, me ocuparé ahora con mayor detenimiento de la norma a la que hace referencia el artículo 104.2 CE.

Efectivamente, la norma a la que se refiere el apartado segundo del artículo 104 CE es la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que recoge los principios básicos que deberán regir la actuación de los agentes policiales, y que se constituye en un verdadero

“código deontológico aplicable a todas las policías del país”.²⁸³ El precedente de este texto legal, como ya se ha visto en el capítulo anterior, es la Orden de 30 de septiembre de 1981, que incluía entre sus veintiocho principios los que recoge ahora la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.²⁸⁴

En el artículo 5 de la LOFCS se recogen los principios básicos de actuación, siendo el primero de ellos el que lleva por título “Adecuación al ordenamiento jurídico”, dirigido a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que el en el mismo precepto establece que deberán “ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, coincidiendo con la posición que venimos manteniendo.

En mi opinión, de este primer principio se pueden deducir ya ciertos requisitos en cuanto a la actuación de las fuerzas policiales, ya que impide toda violencia o fuerza que implique trato inhumano o tortura, en consonancia con los instrumentos internacionales citados en el propio preámbulo de la

²⁸³ En expresión del propio preámbulo de la LOFCS, recogida asimismo por BARCELONA LLOP, J., “El uso de las armas por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica.” *Revista de Administración Pública*, nº 113. Mayo-agosto, 1987, p.104. También BERISTAIN, A. se refiere al *Código deontológico policial según Naciones Unidas*, para aludir a la normativa internacional en la que se basan los principios básicos de actuación de la LOFCS.

²⁸⁴ Entre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que se apoya en el artículo 104 de la CE para resolver el recurso planteado en relación al uso de la fuerza policial, haciendo también mención expresa al artículo 5.4 de la LOFCS, puede citarse la STS 153/2013, de 6 de marzo, que dice “cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad", como dice el apartado c) del art. 5.4 LO. 2/86 de 13.3 (RCL 1986, 788) , cuyo apartado d) concreta que "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior". Lo que responde al mandato del art. 104 CE (RCL 1978, 2836) y se halla inspirado en las líneas marcadas por la "Declaración de la Policía" hecha por el Consejo de Europa el 8.5.79, y por el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17.12.79.” Véase en el mismo sentido la STS 1010/2009, de 21 de octubre.

LOFCS.²⁸⁵ Así opina CERESO cuando dice que “no podrán estar comprendidos en ningún caso en la exigente de obrar en cumplimiento de un deber los tratos inhumanos o degradantes, ni por supuesto la tortura, prohibidos expresamente en el artículo 15 de la Constitución y que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana”.²⁸⁶

En relación con lo anterior, BARCELONA LLOP afirma que “cuando el artículo 104.1 asigna a la policía la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, está apuntando a algo más que a lo estrictamente teleológico puesto que incorpora la obligación jurídica de observar en todo momento un comportamiento respetuoso con los derechos y libertades de los ciudadanos, sean o no transgresores de la ley. Los derechos y libertades se sitúan, así, en el corazón mismo de la actividad policial, que no sólo debe protegerlos frente a agresiones, sino que debe ser ella misma protectora de unos y otras. Y eso significa que en ningún momento la policía puede vulnerarlos. El listado de principios básicos de actuación enunciado en el artículo 5 LOFCS no hace sino avalar poderosamente lo dicho.”²⁸⁷ Asimismo observa el citado autor que la utilización de las armas no supone una

²⁸⁵ Resolución 69/34 de 1979 de la ONU que aprueba el “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley” y Resolución 690/1979 del Consejo de Europa sobre “Declaración sobre la policía”.

²⁸⁶ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 302, y artículo del mismo autor, “La exigente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en *ADPCP...Opus cit.*, p. 282. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I.* Editorial Aranzadi. 6ª edición. Cizur Menor, 2011, p. 255; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Art. 20.7º. (Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo)”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal. Tomo I.* Editorial Bosch. Barcelona, 2007, p. 238; MAQUEDA ABREU, Mª L / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011 (Página 152). HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito.* Editorial Comares. Granada, 2013, p. 229; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal.* Editorial Lex Nova. 2ª edición. Valladolid, 2011, p. 175; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 471.

²⁸⁷ BARCELONA LLOP, J. *Policía y Constitución...Opus cit.*, p. 233. Como también cita el autor, este planteamiento está presente en la STC 55/1990, de 28 de marzo, relativa a las reglas de competencia jurisdiccional del artículo 8.1 LOFCS.

contradicción con el contenido del artículo 15 CE que consagra el derecho a la integridad física y moral, si bien dicha utilización deberá realizarse siguiendo los criterios estipulados legalmente, teniendo siempre en cuenta que los derechos fundamentales previstos en la Constitución Española se encuentran en una posición de prevalencia con respecto a los objetivos que se persiguen con función policial.²⁸⁸

El voto particular recogido en la STS 891/2008, de 11 de diciembre (Caso Roquetas) se ocupa, entre otros muchos, de este asunto, recordando que *“el detenido se encontraba esposado y tenía atados los pies con un lazo”, recibiendo golpes encontrándose en esta situación con imposibilidad de huir.* Menciona también que *“el art. 5º,3.b) LO 2/1986 (RCL 1986, 788) ordena que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “velarán por la vida e integridad de las personas a quienes detuvieren o se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.”* Por lo tanto constituye un atentado contra lo previsto en el artículo 15 CE en el sentido que estamos exponiendo. En este caso, el Tribunal Supremo confirma la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Almería, y finalmente no aplica la eximente contenida en el 20.7 ni como completa ni como incompleta, al no apreciar la existencia de necesidad de utilizar la violencia tal y como se hizo, es decir, por considerar que no hubo necesidad abstracta de utilizarla.

Sobre los tratos vejatorios, inhumanos o torturas, también se pronunció la propia STS 891/2008, de 11 de diciembre (caso Roquetas), analizando las cuestiones jurídicas referidas al delito contra la integridad moral al que fue condenado por la Audiencia Provincial de Almería, un miembro de la Guardia Civil por el trato recibido por un detenido que finalizó con la muerte de éste. A este respecto, el Tribunal Supremo entiende que no se han producido tratos vejatorios ni torturas y lo fundamenta diciendo:

“no hemos de confundir los excesos innecesarios en la ejecución de su cometido, que no tienen por qué producir humillación o vejación en la víctima, de la agresión a la integridad moral. De las primeras deberán responder

²⁸⁸ BARCELONA LLOP, J. *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica...Opus cit.*, p. 99.

*(lesiones) e incluso si la negligencia en el desarrollo de su misión con los excesos producidos en la utilización de medios ilegales y extraordinarios ha contribuido, aunque sea como concausa, a la producción de su muerte, debieran también ser objeto de la responsabilidad penal no dolosa que proceda.*²⁸⁹

A mi modo de ver, cualquier acto de violencia, aunque ésta esté justificada por el ordenamiento jurídico, como ocurre en los supuestos que estamos tratando en este trabajo, supone un acto de humillación para el que lo padece. Evidentemente, el exceso en el uso de dicha violencia también lo es, sin perjuicio de que dicha conducta tenga entidad suficiente para que pueda estar subsumida en el delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.2, o se considere lesionado el artículo 15 CE. En estos casos, el Derecho ha valorado las consecuencias de producir estas lesiones a los derechos fundamentales, frente al valor que quiere salvaguardar, y por ello, y siempre con los límites necesarios, justifica dicha violencia. En el caso del exceso en la violencia, y como veremos, no cabrá aplicar la eximente, o al menos, no en su forma completa.

Siguiendo a QUERALT²⁹⁰, entiendo que la propia Constitución Española así ha querido expresarlo cuando en su artículo 10 dice que la dignidad de la persona y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, por lo que la tensión surgida en torno a la actuación policial frente a los derechos de los ciudadanos debe tener presente siempre esta premisa establecida en el artículo 10 CE.

Pero a la vez, como ya sabemos, la LOFCS ya contiene preceptos que hacen referencia expresa a la utilización de dicha fuerza. Ya se ha hecho mención previamente al inciso primero del artículo 5 de la LOFCS. El inciso segundo del mismo precepto establece: “*Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 2.*

²⁸⁹ También se ocupan del delito de torturas en relación con actuaciones policiales y la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, recientes resoluciones judiciales como la STS 159/2011, de 21 de febrero y la STS 543/2010, de 2 de junio, en las que se hace mención expresa y contundente de su reprochabilidad.

²⁹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”...*Opus cit.*, p. 136.

*Relaciones con la comunidad. Singularmente: a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas. c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de **congruencia, oportunidad y proporcionalidad** en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.”*

El precepto transcrito supone la piedra angular en cuanto a los requisitos que deben tenerse en cuenta en el uso de la fuerza policial, de cuyo tenor habrán de extraerse los casos concretos a los que puede aplicarse, sus límites, su forma de aplicación, etc. Ya el apartado II del Preámbulo de la propia Ley Orgánica lo anuncia diciendo que el uso de la fuerza “*por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman, con carácter excluyente.*” Pero el lector se desilusiona al leer el precepto citado, por cuanto adolece de una manifiesta falta de precisión sobre los límites señalados. Así opina CERVELLÓ DONDERÍS, cuando afirma que “*la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1986, si bien establece con cierta claridad y precisión los requisitos necesarios para el uso de las armas por parte de los cuerpos policiales, en lo relativo al uso de la fuerza en general, los criterios son mucho más vagos e imprecisos al recoger solo las referencias a congruencia, necesidad y proporcionalidad, que*

*básicamente se refieren al uso racional y objetivo de la violencia con criterios de necesidad y medida.*²⁹¹

La STS 662/1992, de 25 de marzo, si bien deja claro que son de aplicación a los hechos –acontecidos antes de la entrada en vigor de la LOFCS- los principios recogidos en el artículo 4.4 de la Ley 55/1978 de 4 de diciembre, alude a los principios que, en la fecha en que se dictó la resolución estaban en vigor, aunque los cita de forma diferente a como están recogidos en la LOFCS, al decir que *“por los antecedentes que se citan en la causa no era descartable una reacción violenta y peligrosa, pero ello no autorizaba la utilización del arma como única respuesta a la situación. Tanto el art. 4.4 de la Ley de Policía 4-12-1978 (RCL 1978\2657 y ApNDL 6921) -que estaba vigente en el momento de comisión de los hechos como el actual art. 5.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986\788) de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado-, que recuerdan que se debe actuar con conocimiento y respeto de los principios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y congruencia en el uso de las armas. La ausencia de esta necesaria proporcionalidad en el desempeño de la misión que tenía encomendada el recurrente descarta la aplicación de la eximente completa y no lleva a la eximente incompleta en los términos en que ha sido apreciada por la Sala Sentenciadora, que debe ser mantenida en este punto con la consiguiente desestimación del motivo.”* Los principios de necesidad y de racionalidad que cita esta resolución del TS no se encuentran entre los que la LOFCS recoge, y a *sensu contrario*, esta sentencia se olvida del principio de oportunidad que sí que consagra la norma estatutaria policial.

Analizando el artículo 5.2.c), referido al uso de la fuerza policial en general, y de forma separada a los criterios de utilización de las armas, podemos extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, se impone una clara obligación a los miembros de las FCS, al establecer que *“deberán actuar con la decisión necesaria, y sin*

²⁹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva.” *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED* 3ª Época, nº 9, 2013, p. 14.

demora”, en aquellos casos en los que deba “evitar un daño grave, inmediato e irreparable”. Se deduce de la redacción de este precepto que el legislador impone dicha obligación para los casos en los que los agentes policiales observan o tienen conocimiento de un hecho delictivo grave que se está produciendo en ese mismo momento, con la finalidad de evitar que se produzca el desenlace lesivo. En este punto, LUZÓN PEÑA ha señalado que “el presupuesto de la intervención coactiva o lesiva de derechos –la que requiere decisión necesaria- es la gravedad, inmediatez e irreparabilidad del daño, y se requiere no solo la necesidad de los medios sino, a diferencia de la legítima defensa, también oportunidad de la intervención y congruencia y proporcionalidad con el daño que amenaza, de modo que la policía no puede causar un daño mayor que el que trata de evitar.” Y añade este autor que ““hay que entender que el tipo de actuación policial a la que se le imponen estos requisitos restrictivos es la que exige “actuar con la decisión necesaria y sin demora”, o sea la del uso de la fuerza o coacción (aunque sea solo con porras, defensas y similares, sin uso de armas, que tienen una regulación específica en la letra d del artículo 5.2) y la que implica afectación de derechos de personas, no simplemente la actividad de investigación, información y seguimiento. Por ello se exige como presupuesto la amenaza de un daño, normalmente proveniente de la acción ilícita de personas [...] y por otra parte la agresión no se limita a derechos estrictamente personales, sino que puede ser la amenaza de “un daño” también para bienes patrimoniales o para bienes jurídicos colectivos la que legitime este ejercicio del cargo policial.”²⁹²

La STS 1284/1999, de 21 de septiembre, enjuicia un supuesto en el que unas personas se encontraban en la zona de playa de Las Palmas de Gran Canaria, entre unos coches estacionados, resultando sospechosos para los agentes de la policía, quienes, para su reducción y detención, golpean a estas personas pese a que las mismas no ofrecieron ninguna resistencia. La citada sentencia analiza si la actuación se produjo para evitar un daño grave, inmediato e irreparable, tal y como exige la LOFCS, argumentando el TS que:

²⁹² LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit*, p. 471.

“lo que se pretende, en definitiva, es la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber por haber actuado los policías dentro de los límites de las obligaciones propias del cargo. Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de esta exigente cuando, como aquí, se trata de la actuación de agentes de la autoridad que tienen no sólo la facultad sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva «con la decisión necesaria y sin demora **cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable**», pero al mismo tiempo «rigiéndose por los **principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad**», como dice el apartado c) del art. 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo (...) Pues bien, en el caso presente, es claro que **falta el requisito de la necesidad abstracta**, por lo que no cabe aplicar la pretendida exigente, ni completa ni incompleta, de acuerdo con los argumentos expresados en el fundamento de derecho 5º de la Sentencia recurrida (pg. 7): **ante un hecho tan inocuo**, estar sentado Fructuoso en el bordillo de una acera, en actitud totalmente pasiva, **no era necesaria ninguna intervención policial**, ni siquiera para obtener la identificación de quien así se encontraba. El escrito de recurso trata de justificar la actuación de los policías en esa necesidad de identificación y en el hecho, consignado expresamente como probado en la resolución impugnada, de que ante el requerimiento policial al respecto «aquél no mostrara una actitud colaboradora». El art. 20 de la LO 1/1992, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, para que los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan requerir a los ciudadanos su identificación, exige que «el conocimiento de la identidad de las personas requeridas sea necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». Como **no había razón alguna que pusiera en peligro esa seguridad** por parte de Fructuoso, según reiteradamente expone la Sentencia recurrida, hemos de entender que en el caso presente **ninguno de los dos agentes que intervinieron en el hecho estaba autorizado para exigirle que se identificara**. Por ello, el hecho de que el requerido «no mostrara una actitud colaboradora» no puede justificar lo que aquí ocurrió. La violencia utilizada para esposar y detener a Fructuoso, en una acción coordinada por parte de los dos policías acusados, causante de las lesiones por las que ambos fueron condenados, carece de justificación en su origen y en su desarrollo ulterior. No había necesidad alguna de intervención policial, ni siquiera para exigir una identificación.” (La negrita es añadida).

Aunque el artículo 5.2 c) exige la actuación de los agentes en situaciones calificadas como “graves”, pudiera parecer que si los hechos no revisten esta gravedad no sería exigible la actuación de éstos, si bien, hay que tener en cuenta que la LOFCS establece una obligación genérica de actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOFCS cuando señala respecto de los agentes la exigencia de *“intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”*, con lo que dicha exigencia continúa vigente al conectar ambos preceptos. Lo que hace el primero de los artículos citados (5.2 c) es una referencia a los supuestos en los que se podrá utilizar la fuerza puesto que está referido a la utilización de los “medios a su alcance”, ya que el artículo 5.4 LOFCS se

proyecta con carácter genérico sobre todo tipo de situaciones donde se requiera la actuación policial, convirtiéndose así en una relación de género (artículo 5.4) a especie (artículo 5.2 c).

Asimismo, la norma añade que los casos de urgencia citados en el artículo 5.4 LOFCS deberán regirse “*por los principios de **congruencia, oportunidad y proporcionalidad** en la utilización de los medios a su alcance.*” Estos principios no vienen definidos en la Ley, por lo que habrá que buscar su significado en otros lugares. Si nos ceñimos al concepto que ofrece el diccionario de la Real Academia Española²⁹³, entendemos por congruencia “*conveniencia, coherencia, relación lógica*”. El término oportunidad en su primera acepción significa “*sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y lugar*”. Del mismo modo, proporcionalidad significa “*conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.*” Así las cosas, puede deducirse que, ante un hecho grave e irreparable, deberán actuar de forma inmediata, utilizando los medios más lógicos, y en el momento oportuno y con la intensidad apropiada a dicha gravedad.²⁹⁴ Parece deducirse del precepto que estos principios solo son válidos en los casos más graves y que requieren una respuesta inmediata, pero no se deja claro cuáles son los criterios que deben informar la actuación de los agentes en otro tipo de hipótesis que no requieran esa urgencia o en los que no se ataque de forma grave e irreparable al bien jurídico. Pensemos por ejemplo en la práctica de un cacheo o de un registro domiciliario, donde también se ejerce coacción sobre el ciudadano si bien se trata de supuestos en los que no disponemos de principios informadores de uso de dicha coacción.

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que se refiere de manera expresa a la LOFCS es la STS de 2 de julio de 1987, que ventila un asunto relativo a un guarda jurado de caza encargado de la vigilancia de un coto de caza que observó a un cazador a unos 100 metros del coto vigilando, pero que podía haber estado antes en el interior, desoyendo los gritos de “alto”

²⁹³ Significados extraídos de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

²⁹⁴ El significado que la doctrina y la jurisprudencia otorga a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad se verá con detalle en los epígrafes siguientes.

del vigilante, por lo que le disparó en dos ocasiones, causándole lesiones. En esta resolución todavía se hace una mención tangencial a la citada LOFCS, al señalarse que:

*“el problema del uso de las armas por los agentes de la Autoridad, en relación con la eximente cuestionada, no se inscribe sólo en la exigencia de **proporcionalidad** de los medios coactivos a emplear, sino en la más profunda y decisiva de la **necesidad**, que el artículo 5,1 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo las líneas marcadas por la Resolución 690 del Consejo de Europa, que ya inspiró la Orden de 30-9-81 (RCL 1981\2344 y ApNDL 1975-85, 11036) sobre Principios básicos de actuación de la Policía, establece que los miembros de dichas Fuerzas y Cuerpos «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana».*

Se puede observar que el TS únicamente menciona los supuestos habilitantes para el uso de las armas, que incluye bajo el principio de necesidad. Sigue el alto tribunal mencionando los instrumentos internacionales en los que se basa la LOFCS para la redacción de los principios en el uso de la fuerza, así como la Orden Ministerial de 1981, precedente legislativo sin rango normativo adecuado, de dichos principios tal y como ya se vio en el capítulo anterior.

En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se sigue ofreciendo un protagonismo diverso a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que recoge la LOFCS, y así la STS 828/2013, de 6 de noviembre y la 153/2013, de 6 de marzo, se basan en ellos para resolver el recurso de casación interpuesto y referido a la utilización de la fuerza policial, y en cambio, el Auto del TS 1157/2014, de 18 de junio y la STS 27/2013, de 21 de enero, también muy recientes, no los cita. Ambas resoluciones se basan en criterios de necesidad y proporcionalidad, pero no se refieren a la LOFCS.

Algún autor²⁹⁵ opina que junto a los principios referidos en el artículo 5.2 de la LOFCS, hay que añadir el principio de menor lesividad que se infiere del

²⁹⁵ ALONSO PÉREZ, F. *Manual del Policía*. Editorial La Ley. 3ª edición. Madrid, 2003, p. 50.

artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dice que *“la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.”* En mi opinión, si bien esta previsión legal que hace la LeCrim es más precisa y expresa, su contenido quedaría encuadrado en el principio básico de actuación que sobre el tratamiento de detenidos hace el artículo 5.3.b) de la LOFCS al consignar que los agentes *“velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.”*

Atiende a estas cuestiones la STS 474/2005, de 22 de marzo, que trata un supuesto en el que unos policías municipales recriminan a un joven que se encontraba en un columpio para niños a lo que éste insulta y se muestra agresivo con los agentes llegando a golpear a uno de ellos, motivo por el que se procede a su detención utilizando la fuerza y al que propinan varias bofetadas cuando se encontraba ya en dependencias policiales, aludiendo a que:

*“El recinto de detención de cualquier organismo del Estado, es un lugar especialmente sensible para extremar los derechos y garantías de los detenidos. No se pueden justificar **métodos innecesariamente agresivos ante comportamientos despectivos** ya que el ejercicio de la fuerza coactiva debe atemperarse y limitarse a utilizar instrumentos inmovilizadores, como el internamiento en celdas u otro método semejante, pero nunca autoriza una reacción como la que se describe en el hecho probado. **La bofetada, como método de corrección, que no está permitida en las dependencias policiales**”.* (La negrita es añadida).

Puede apreciarse que en esta resolución se hace mención a los hechos acaecidos cuando el sujeto ya estaba detenido y por tanto cuando ya no era necesaria ningún tipo de violencia ni de fuerza pese a que seguía mostrando una actitud agresiva y despectiva hacia los agentes. En este caso, las bofetadas estarían fuera de toda necesidad de utilización de la violencia y por tanto estas lesiones no podrían beneficiarse de la eximente de cumplimiento de un deber ni siquiera en su forma incompleta.

En sentido contrario, la STS 543/2010, de 2 de junio, referida a la actuación de tres agentes de policía que golpearon a un detenido cuando se encontraba en el interior de las dependencias policiales con las defensas, al ofrecer éste una gran resistencia y lanzar patadas al aire, parece vincular el principio de menor lesividad apuntado con el de necesidad en concreto, al destacar la necesidad de que:

“la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).”

En este caso, si bien la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó a los tres policías, el Tribunal Supremo los absolvió alegando que:

*“debe tenerse en cuenta: que **el sujeto se resistía violentamente; que era un sujeto fuerte y corpulento; que no solo oponía resistencia pasiva, sino que llegó a amenazar con golpear a alguno de los agentes; que además trató de huir; que incluso con los grilletes puestos continuaba lanzando patadas y golpes al aire; que la violencia de los agentes cesó desde el momento en que fue reducido; que los golpes fueron dirigidos hacia zonas del cuerpo donde el daño previsible es menor; y que las lesiones causadas fueron muy leves** hasta el punto de consistir solo en contusiones y hematomas que no precisaron tratamiento médico. De todo ello se desprende que el uso de la fuerza fue proporcionado a la gravedad de la situación y que la causación de las levísimas lesiones padecidas por el detenido se debieron a la necesidad, surgida en ese momento, de emplear la fuerza para reducirlo y evitar que continuara con su actitud agresiva lanzando golpes y patadas a los agentes. Al no apreciarse exceso en el uso de la fuerza, debe entenderse que la acción de los agentes estaba amparada por la exigente de cumplimiento de un deber y por lo tanto que estaba legitimada, excluyendo la existencia de infracción penal.”²⁹⁶ (La negrita es añadida).*

Por otra parte, y por lo que concierne a los casos graves que exigen actuación inmediata de los agentes policiales, la LOFCS añade, en relación a

²⁹⁶ Con idéntica fundamentación referida a la menor lesividad, puede verse la STS 1262/2006, de 28 de diciembre, en la que se trata un supuesto protagonizado por un funcionario de prisiones que al efectuar el recuento golpeó a un interno con una defensa de goma sin que éste realizase ningún comportamiento contra el funcionario. La Audiencia Provincial de Granada condenó al funcionario por un delito contra la integridad moral y falta de lesiones. El TS no aplicó la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber tal y como interesaba la defensa del condenado, entendiendo sobre la menor lesividad que está incluida en el principio de necesidad en concreto.

los medios que pueden utilizar los funcionarios, la expresión “*los medios a su alcance*”. A partir de esta redacción, que considero muy beneficiosa para la actuación policial, la norma permite utilizar cualquier medio disponible para cumplir con su función. Si tenemos en cuenta la redacción del principio número 10 de la Orden Ministerial de 30 septiembre de 1981, que aludía “*al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran adecuados y proporcionados al alcance de la perturbación o daño producido*”, parece deducirse que al legislador le importaba más, en ambos casos, preservar el principio de necesidad, aunque los medios no fueran los reglamentarios. Podemos poner como ejemplo el supuesto de que el dueño de un bar requiera a una patrulla para que se persone en el local debido a que hay una persona ebria en el interior del establecimiento que está insultando a todos los clientes y que porta una botella rota en la mano que esgrime con actitud amenazante. Supongamos que al llegar la patrulla, ésta únicamente dispone de la superioridad numérica y de su arma reglamentaria y uno de los agentes decide coger una silla y golpear al sujeto en la mano para quitarle la botella rota que utiliza a modo de arma. ¿Quedaría esta conducta dentro de la cobertura legal de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber al utilizar una silla como arma para neutralizar la situación? ¿Sería el medio más idóneo y menos lesivo? Este tipo de casos, que no son extraordinarios, no han sido recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en apartados posteriores, y una vez recopilados todos los instrumentos jurídicos necesarios, trataremos de darles solución.

Considero que el artículo 5 LOFCS contiene una mala redacción y que de esta forma se ha perdido una gran oportunidad por **dos motivos** fundamentales. En primer lugar, y como ya se ha visto en el capítulo anterior, la regulación sobre el uso de la fuerza policial en las normas preconstitucionales era escasa y muy permisiva, lo que se traducía, desde una perspectiva actual, en una práctica policial abusiva en muchas ocasiones y en la obligación de acudir a normas internacionales que sí que establecían límites más claros. Pues bien, cabe afirmar que la regulación vigente sigue pecando de ambigua. Considero que al menos podría haberse ajustado más a los parámetros de la normativa internacional a la que alude que, como veremos en el epígrafe 4 de

este mismo Capítulo, poseen mayor concreción y detalle. En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, hay que tener en cuenta la importancia de la materia sobre la que se proyecta el uso de la fuerza policial que incide de forma directa en los derechos de los ciudadanos. En el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el que proclama el artículo 1º de la Constitución, en el que se impone un gran protagonismo y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, una materia tan importante como los requisitos que deben regir el uso de la fuerza policial, exigía un esfuerzo por parte del legislador para ofrecer de un mejor instrumento legal de referencia. Es decir, ante una materia tan importante como es la regulación de la violencia estatal y con una legislación anterior tan poco concreta, la ocasión tal vez merecía una mayor concreción y extensión al efecto. En este sentido CERVELLÓ, DONDERIS estima que la ambigüedad del precepto da lugar a confusión, por ejemplo en los casos donde los ciudadanos están ejerciendo su derecho de reunión y no actúan violentamente sino que simplemente ejercen una resistencia pasiva, habida cuenta de que el precepto no delimita claramente cuál debe ser la actuación correcta de los agentes, si necesitan una agresión previa para poder actuar, y si una vez que actúan lo hacen en legítima defensa o en cumplimiento de un deber.²⁹⁷

LUZÓN PEÑA, al comparar la normativa anterior a la de 1986 con la regulación que hace la LOFCS, opina que los preceptos de esta última “*contienen en la letra c) del ap. 2 un conjunto mucho más exigente de requisitos*”.²⁹⁸ Con todo, en mi opinión, la forma en que la LOFCS perfila y limita los criterios que deben regir el uso de la fuerza policial en general y el uso de las armas en particular, donde tienen cabida todo tipo de armas, incluidas las de fuego, es muy deficiente. Así las cosas, cae de nuevo sobre la doctrina y sobre la jurisprudencia la responsabilidad de interpretar adecuadamente y en términos garantistas los vagos términos introducidos por la ley orgánica, y

²⁹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V. “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, p. 14. En una línea similar, QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *El policía y la ley*. Editorial Bosch. Barcelona, 1986, p. 23, opina que el artículo 5.2. d) LOFCS contiene una redacción equivocada precisamente por esta confusión entre la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.

²⁹⁸ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 471.

vayan construyendo los espacios en los que el uso de la fuerza es correcto. Pero como ya he dicho, esta norma ha perdido una gran oportunidad. La normativa internacional es más extensa y precisa al mismo tiempo, y si nos fijamos en la normativa reglamentaria vemos que su regulación fija asimismo con mayor detalle los criterios que se deben utilizar a este respecto. Al menos éstos vienen dispuestos en una Ley Orgánica, tal y como exigía la CE, y podemos partir del que considero que debe ser el supuesto habilitante correcto para esta materia.

3.- Las armas de dotación reglamentaria en las FCS.

Para tratar la problemática del uso de la fuerza policial concretada en la utilización de armas, hay que partir también de la regulación legal actual relativo al presupuesto habilitante para la utilización de armas de fuego por los agentes policiales.

En este sentido, me parece apropiado distinguir entre qué tipo de armas pueden utilizar los agentes, cuya regulación viene establecida en la normativa específica sobre armas, y un segundo análisis referido a los principios que van a regir su uso por los agentes policiales, que recoge la propia LOFCS.

En relación al primer aspecto, referido a qué tipo de armas pueden utilizar de forma reglamentaria los agentes, hay que decir que la LOFCS, al definir cada uno de los cuerpos policiales del Estado, Comunidades autónomas y Locales, que integran las FCS lo hace bajo la expresión *“Instituto armado”*, quedando patente que sus componentes irán dotados de arma reglamentaria para cumplir con sus funciones.²⁹⁹ Pero además, la propia Ley Orgánica en su

²⁹⁹ La referencia a *“Instituto armado”* que la LOFCS efectúa para el Cuerpo Nacional de Policía viene recogida en el artículo 9 a); para la Guardia Civil en los artículos 9 b) y 15.1, y para la Policía Local en el artículo 52.1. Resulta curioso que para los Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma, la norma utilice una redacción diferente al decir en su artículo 41.4 que *“Los miembros de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas estarán dotados de los medios técnicos y operativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, pudiendo portar armas de fuego. El otorgamiento de la licencia de armas competará, en todo caso, al Gobierno de la nación.”* En el mismo sentido, el Preámbulo de la LOFCS menciona que una de los objetivos que pretendía la ley era regular el uso de armas que podían poseer los miembros de las FCS, refiriéndose tanto a las armas reglamentarias como a las de carácter particular.

artículo 14.2, al citar las competencias ministeriales sobre la Guardia Civil, determina quién se ocupará de lo relativo a la dotación de armamento, al decir que *“conjuntamente, los Ministros de Defensa e Interior dispondrán todo lo referente a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial”*, que en el caso del Cuerpo Nacional de Policía atribuye al Ministro del Interior en su artículo 9 a).

Por su parte, el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, en su artículo 1.4º establece que *“quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Reglamento y se regirán por la normativa especial dictada al efecto, la adquisición, tenencia y uso de armas por las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Centro Nacional de Inteligencia. Para el desarrollo de sus funciones también quedan excluidos los establecimientos e instalaciones de dichas Fuerzas y Cuerpos y del Centro Nacional de Inteligencia.”* Es decir, que únicamente se aplicará el citado Reglamento en el caso de que los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adquieran como particulares algún tipo de arma.³⁰⁰

³⁰⁰ En la Sección 5ª del Reglamento de Armas relativa a Licencias a personal dependiente de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera, en su artículo 114, establece: *“1. Al personal que a continuación se indica, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será considerada como licencia A su Tarjeta de Identidad Militar o Carné Profesional: a) Oficiales Generales, Oficiales Superiores, Oficiales, Suboficiales Superiores, Suboficiales y sus asimilados del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y los Cabos Primeros Especialistas veteranos de la Armada. b) Los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil. c) Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. d) Los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. e) Los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera. 2. La tarjeta de identidad militar será considerada además como licencia A para el personal reseñado en el apartado 1.a) y b) que se encuentre en la situación de excedencia voluntaria por la causa prevista en el punto e) del artículo 31 del Reglamento General de adquisición y pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, aprobado por el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, o en reserva ocupando puesto orgánico del Ministerio de Defensa o, en su caso, del Ministerio del Interior, y para el personal estatutario permanente del Centro Nacional de Inteligencia reseñado en los apartados 1.a) y b) de este artículo. Artículo 115. 1.-El personal relacionado en el artículo anterior deberá estar provisto de una Guía de pertenencia para cada arma que posea, expedida por las Autoridades que designe el Ministerio de Defensa, para el perteneciente a las Fuerzas Armadas; por la Dirección General de la Policía, para el Cuerpo Nacional de Policía; y por la Dirección General de la Guardia Civil, para el personal del Cuerpo de la Guardia Civil, el del Servicio de Vigilancia Aduanera y el de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.”* Se han subrayado los términos destacables para una mejor comprensión.

Esta previsión la contiene el artículo 96.3 del Reglamento que dice que *“la licencia de armas A con la eficacia de las licencias B, D y E reguladas en los artículos 99 a 104 de este Reglamento documentará las armas de las categorías 1ª, 2º y 3ª de propiedad privada del personal de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera.”*³⁰¹; y asimismo el artículo 118 del Reglamento, al disponer que *“1. Con la licencia A, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil, en sus distintas categorías, así como los integrantes de las escalas Superior, Ejecutiva y de Subinspección del Cuerpo Nacional de Policía y equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, podrán poseer tres armas cortas, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.2.-Con el mismo tipo de licencia, los Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil,³⁰² , los Cabos Primeros Especialistas Veteranos de la Armada , los integrantes de las Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía , los equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y el personal de los Cuerpos de Policía de las Corporaciones Locales, así como los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera sólo podrán poseer un arma corta, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.”*

³⁰¹ Según prevé el artículo 3º del Reglamento de Armas, pertenecen a la 1ª categoría las armas de fuego cortas; la 2ª categoría la componen las armas de fuego largas para vigilancia y guardería y las armas de fuego largas rayadas; son de 3ª categoría las armas de fuego largas rayadas para tiro deportivo de calibre 5,6 mm y de percusión anular, y las escopetas y demás armas largas de fuego largas de ánima lisa. También pertenecen a esta categoría las armas accionadas por aire u otro gas comprimido asimiladas a escopetas, con una energía cinética del proyectil en boca que exceda de 24,2 julios. Asimismo, el artículo 114 transcrito guarda relación con el artículo 139 del Reglamento de Armas en el que se contempla la posibilidad de poseer armas de concurso amparadas por la licencia tipo A, y con el artículo 107 de la misma norma sobre tenencia de armas de avancarga, flobert y antiguas, así como autorización de coleccionista.

³⁰² El Real Decreto 1970/1983, sobre consideración de Suboficial a las clases de Tropa de la Guardia Civil, en su artículo 3º dispone que *“Publicada la Orden Ministerial que les concede tal consideración, desde ese momento tendrán derecho a: (...) disfrute de todos los beneficios que con características generales les son propios a los Cuerpos de Suboficiales o que en lo sucesivo le sean concedidos.”*

Según este precepto, los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas se asimilan a los empleos del Cuerpo Nacional de Policía, mientras que los componentes de los Cuerpos de Policía Local solamente pueden poseer un arma corta, de propiedad particular, cualquiera que sea el empleo que ostenten, y como se ha visto, la consideración de Suboficial otorgada a los miembros de la Guardia Civil hace que también pueden poseer tres armas de fuego particulares, además del arma de dotación reglamentaria.³⁰³

Este reglamento contiene otras dos disposiciones de interés por lo que respecta a las armas que pueden ser utilizadas por las FCS, y así su artículo 5 establece la prohibición genérica impuesta a los particulares para la tenencia y uso de determinadas armas, entre las que se encuentran los “sprays” y las defensas eléctricas salvo para los funcionarios especialmente habilitados, lo que deja a criterio de la normas reglamentarias la utilización de este tipo de armas por los agentes policiales.³⁰⁴

³⁰³ Obviamente nos referimos a los agentes policiales en situación de servicio activo. Asimismo, la habilitación para el uso de armas particulares a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en situación de servicios especiales, excedencia por cuidado de un hijo, suspenso de funciones o reserva, viene recogida en los artículos 114 a 119 del Reglamento de Armas, a los que se les podrá conceder un arma de la 1ª categoría por parte del Director General del Cuerpo respectivo. En el caso de policía de las Comunidad Autónoma y Policía Local será la Dirección General de la Guardia Civil (que actualmente tiene delegada esta competencia en las Jefaturas de Zona de la Guardia Civil). Por su parte el artículo 119 del Reglamento dice que “*el Ministerio de Defensa y las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, podrán conceder autorización especial para un arma de la categoría 1ª a personal dependiente de los mismos, no comprendido en los apartados 1, a), b) y c), del artículo 114, También expedirán la guía de pertenencia de cada arma, remitiendo ejemplares de aquella y de ésta al Registro General de Guías y de Licencias*”, aplicable a los alumnos de los centros de formación que no poseen la condición de profesional e incluso al personal civil que presta servicios para los cuerpos policiales.

³⁰⁴ Este artículo contempla las armas que el anterior Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 2179/1981, de 24 de julio, denominaba “Armas prohibidas a particulares”. Este reglamento permitía el uso de este tipo de armas a “*funcionarios o personal con funciones de seguridad*”. En el vigente reglamento de 1993, se ha variado la redacción, permitiéndose su uso exclusivamente a “*funcionarios especialmente habilitados.*” Este cambio en la redacción del reglamento podría plantear problemas en la utilización de este tipo de armas por el personal incluido en la Ley de Seguridad Privada ya que, al no tener la consideración de funcionario, carecerá de habilitación para el uso de defensas de goma ó de las denominadas escopetas policiales, si bien, de la redacción de los artículos 120 a 128 del vigente Reglamento de Armas, regula las armas que, amparadas con licencia tipo C, podrán utilizar el personal de Seguridad Privada y que según los casos serán armas de fuego cortas, armas de fuego largas para vigilancia y guardería y escopetas y demás armas largas de anima lisa. De forma excepcional podrán utilizar armas de guerra (vigilancia de embarcaciones en alta mar, etc). El propio

Todo esto nos lleva a extraer algunas conclusiones por lo que al uso de armas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se refiere. Por un lado, que los agentes policiales están habilitados legalmente para utilizar armas, entre las que se encuentran las armas de fuego³⁰⁵, y que será la normativa reglamentaria la que se ocupe de determinar qué armas se consideran de dotación para dichos agentes. La asignación de armas concretas como dotación oficial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad viene establecida por normativa reglamentaria por los Gobiernos central o autonómico, para todos los cuerpos que las integran, sean de ámbito estatal, autonómico o local, citándose a continuación la normativa que habilita a estos cuerpos a utilizar los diferentes medios defensivos como armas cortas, largas, defensas en sus diferentes modalidades (extensibles, eléctricas), sprays, botes de humo, pelotas de goma, etc.

En cuanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y por lo que respecta a la Guardia Civil, desde la previsión legal de “instituto armado” que hace la LOFCS, como ya hemos visto, podemos citar como ejemplo una de las últimas adjudicación de armas, por Orden PRE/703/2002, de 22 de marzo³⁰⁶, que asigna los modelos de arma corta reglamentaria que actualmente se utilizan en dicho Cuerpo. Por su parte, el Cuerpo Nacional de Policía, en los artículos 22 y 23 del Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, sobre normas generales relativas a escalas, categorías, personal facultativo y

reglamento deja bien claro que estas armas pertenecen a la empresa de seguridad y que únicamente están habilitados para utilizarlas el personal con licencia tipo C y para el servicio en el que esté permitido su uso.

³⁰⁵ Hay que tener en cuenta que el Reglamento de Armas no contiene ninguna definición del término “arma” y que por tanto habrá que acudir al significado genérico que otorga el diccionario como “*instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse*” (extraído de la página web oficial de la RAE: www.rae.es, 22ª edición digital de 2012). Por su parte el artículo 5.2 d) de la LOFCS exige unos requisitos en el uso del arma, sin expresa referencia a que sea el arma de fuego por lo que deberá aplicarse a cualquier tipo de arma (de fuego, defensas, sprays, etc), de dotación reglamentaria.

³⁰⁶ Esta normativa asigna la pistola semiautomática Beretta 92, de calibre 9 mm parabellum y la HK Compact, del mismo calibre. Por su parte la Sección de Logística de Estado Mayor de la Dirección General de la Guardia Civil, autorizó en el año 2002 la utilización de aerosoles de defensa personal dando instrucciones de los casos en los que debían usarse. Igualmente, en el año 2013 se autorizó la utilización de la defensa extensible al personal de la Guardia Civil que, tras la superación de un curso específico sobre su uso, fuera autorizado expresamente a portar y utilizar este medio de defensa.

técnico, uniformes, distintivos y armamento del Cuerpo Nacional de Policía, hace una remisión a *“las que se establezcan como reglamentarias”*.

El régimen jurídico de adquisición de armas por parte de las policías autonómicas tiene su origen en la Constitución Española, que en su artículo 149.1.29^a, referido a las competencias exclusivas del Estado, recoge en este apartado la seguridad pública, diciendo que es una materia de competencia estatal, *“sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos”*, y así el artículo 147.2.d) de la Carta Magna dispone que los estatutos de autonomía deberán contener *“las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.”* La creación de estos Cuerpos de policía autonómica se efectúa por ley de la Comunidad Autónoma donde se habilitará al gobierno autonómico el desarrollo de esta materia al objeto de dotar de armas a sus policías.³⁰⁷

Por lo que respecta a las Policías Locales, la habilitación legal del uso de armas por sus componentes también parte de la Constitución Española, que en su artículo 148.1.22 asigna la competencia a las Comunidades Autónomas para *“la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.”* Esta ley orgánica será la norma de creación reservada a los Estatutos de autonomía, que al igual que ocurre con las policías autonómicas contienen una previsión para su creación. El siguiente paso será la aprobación por los parlamentos autonómicos de la ley de coordinación de policías locales correspondientes, que remitirán a la normativa reglamentaria la dotación de armas.³⁰⁸ Por citar algunos ejemplos, La Ley

³⁰⁷ La Ley autonómica catalana 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat de Cataluña – Mossos d'Esquadra, en su artículo 11, repite los mismos principios de actuación contenidos en la LO 2/86, donde ya prevé la utilización de armas. La Ley autonómica vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, recoge los principios del uso de armas en los artículos 33 y 34. La Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra, recoge los principios del uso de armas en el artículo 4 i) y j). Para ampliar datos sobre estas cuestiones véase BARCELONA LLOP, J. *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003.

³⁰⁸ En la actualidad, casi todas las Comunidades Autónomas disponen de leyes de coordinación de policías locales y como ejemplo cabe citar la Ley 4/2013, de 17 de julio de Coordinación de

4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, en su artículo 8 recoge la previsión de que “*los miembros de los cuerpos de Policía Local, como integrantes de un Instituto Armado, llevarán el armamento reglamentario que se les asigne.*” También la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Coordinación de Policías Locales en la Comunidad Valenciana, determina en su artículo 23, referido a medios técnicos, esta misma previsión, estableciendo que “*las características de medios técnicos y defensivos a utilizar por las policías locales serán homogéneas en toda la Comunidad Valenciana. A tal efecto, el Consell de la Generalitat procederá a homologar el material necesario*”; extremo que se efectuó a través del Decreto 18/1995, de 24 de enero, del Gobierno valenciano, regulador de los criterios de utilización del equipo de autodefensa y el armamento por las policías locales de la Comunidad Valenciana.³⁰⁹

Por lo tanto, a la vista del marco jurídico que regula la asignación de armas a los diferentes cuerpos policiales como dotación oficial, podríamos decir que las armas reglamentarias constituyen *numerus clausus*, lo que nos permitirá precisar con detalle qué armas quedan fuera de esta cobertura normativa. Así por lo que a las armas cortas se refiere, y teniendo en cuenta que por la simple pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sus miembros pueden poseer otras armas como las de Avancarga, etc., ya citadas,

las Policías Locales de Baleares; Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de Castilla-La Mancha; Ley 8/2013, de 12 de septiembre de Coordinación de las Policías Locales de Aragón; Ley 13/2001, de 11 de diciembre de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía; Ley 4/1992, de 17 de julio, de Coordinación de las Policías Locales del País Vasco; Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Canarias; Ley 9/2003, de 8 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de Castilla y León; Ley 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales del Principado de Asturias; Ley 4/2007, de 20 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de Galicia; Ley 5/2000, de 15 de diciembre de Coordinación de las Policías Locales de Cantabria; Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura; Ley 5/2010, de 14 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de La Rioja; Ley 4/1998, de 22 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de la Región de Murcia, así como los Reglamentos de la Policía Local de Ceuta de 2002 y de la Policía Local de Melilla de 2009.

³⁰⁹ BARCELONA LLOP, J. *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico... Opus cit.*, pp. 416 y ss, opina en referencia al Decreto 18/1995, de 24 de enero, que “*se superponen, en apariencia al menos, dos títulos competenciales: el previsto en el artículo 148.1.22 y asumido por los Estatutos*” y también “*el recogido en el artículo 149.1.26 CE, precepto éste que confiere al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.*”

y como particulares las que el Reglamento de Armas autoriza a cualquier ciudadano, los componentes de las FCS están habilitados para tener las siguientes armas de fuego cortas según la situación administrativa en la que se encuentren: el personal de la Guardia Civil, independientemente a la escala a la que pertenezcan pueden poseer tres armas cortas de fuego además de la reglamentaria. En algunos supuestos de excedencia, o reserva, y siempre que sean autorizados, podrán disponer de un arma de fuego corta. Por lo que respecta al Cuerpo Nacional de Policía y Policía Autonómica, los componentes de la escala básica podrán disponer de un arma corta, y el resto 3 armas cortas de fuego además de la reglamentaria. Los componentes de la Policía Local podrán disponer de un arma de fuego corta además de la oficial.

Las reglamentarias pueden ser de fuego cortas o largas, defensas de goma, defensas extensibles y aerosoles, para todos los cuerpos policiales, y algunos de ellos además defensas eléctricas, como en el caso de algunas Policías Locales. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que otras Unidades cuyas funciones están dirigidas principalmente al control de masas, los denominados “*grupos antidisturbios*”, utilizan otro tipo de armas como pelotas de goma, botes de humo, munición de proyección para disparar estos elementos, etc. Como quiera que la actuación de estos agentes se centra primordialmente en supuestos de alteración del orden público en casos de reuniones o manifestaciones, se analizará la forma de utilización de la fuerza en este tipo de situaciones en el Capítulo IV, epígrafe 2.6 b), donde se abordará la problemática de estas actuaciones.

Esta cuestión, la del uso de armas antirreglamentarias que, a priori, puede parecer de menor importancia, cobró una gran relevancia a partir de la STS 891/2008, de 11 de diciembre, conocida como caso Roquetas. A raíz de dicho pronunciamiento jurisprudencial se suscitó, en efecto, un destacado debate doctrinal en torno a la utilización de las armas que no eran de dotación oficial, concretamente las defensas eléctricas, que fueron utilizadas al proceder a la detención de una persona que se encontraba fuera de sí en el interior del acuartelamiento y que resultó finalmente fallecida. Las posturas mantenidas en los diferentes recursos planteados contra la Sentencia dictada por la Audiencia

Provincial de Almería iban dirigidas a asociar el uso de armas antirreglamentarias con un delito contra la integridad moral, al considerar que su uso constituía un trato vejatorio e innecesario. Así, el Ministerio Fiscal sostenía que *“son las circunstancias concurrentes las que deben determinarla, considerando gravemente vejatorio todo exceso innecesario y gratuito, calificando de abuso de poder el servirse de defensas antirreglamentarias, especialmente en la última fase de todo el decurso de acontecimientos, dirigidos a la reducción y detención de Vicente.”* Por su parte, la acusación particular, citando también el uso de armas que no eran de dotación policial, interesaba la condena por un delito de torturas, argumentando que *“la intervención del teniente provisto de defensas antirreglamentarias se produce después de que éste tuviera noticias u oyera directamente que uno de los guardias civiles había sido lesionado por Vicente.”* El Tribunal Supremo resuelve la cuestión argumentando que el hecho en sí de utilizar armas antirreglamentarias no constituye ningún acto vejatorio, a no ser que sean utilizadas en este sentido.

En este sentido, la SAP de Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo, analiza un supuesto referido a los golpes propinados a un individuo por parte de un agente utilizando una linterna como instrumento, sin que el TS entre a valorar si la linterna es un tipo de arma, o si es reglamentaria o no sino que centra su argumentación jurídica en si la utilización de dicho objeto es adecuada o supone una extralimitación.³¹⁰

A la vista de estos preceptos, que autorizan a los agentes policiales a portar armas y en conexión con lo preceptuado en el artículo 5.4 de la LOFCS, referido a la *“dedicación profesional”* cuando dice que *“deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”*, surge inmediatamente otra cuestión que puede suscitar algún problema a la hora de decidir si se ha actuado con corrección o no en el

³¹⁰ Sobre la incidencia de utilizar armas no oficiales o antirreglamentarias por los agentes policiales vid. Capítulo IV, epígrafe 3.2 b), referido a la eximente incompleta.

uso del arma: ¿existe obligación de portar el arma encontrándose el agente fuera de servicio? Y si no es así, qué ocurre si se utiliza?

En este contexto hay que decir que las normas disciplinarias de los diferentes cuerpos policiales incluyen como infracción a dicho reglamento la exhibición del arma fuera de servicio. Así, el artículo 8.23^a de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, recoge como infracción grave *“la ostentación o utilización de armas sin causa justificada, así como su uso en acto de servicio o fuera de él infringiendo los principios y normas que regulan su empleo”*. Del mismo modo, la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, recoge como infracción grave, en su artículo 8 l) *Exhibir armas sin causa justificada, así como utilizarlas en acto de servicio o fuera de él infringiendo las normas que regulan su empleo.”*. Por parte de las diferentes policías autonómicas, y a modo de ejemplo, el artículo 92.2 h), de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, recoge como infracción muy grave *“hacer ostentación del arma reglamentaria o los distintivos el cargo, sin ninguna causa que lo justifique y causando grave perjuicio a cualquier persona o grave desprestigio del Cuerpo”*.

Asimismo, y por lo que respecta a las policías autonómicas y locales, el Real Decreto 768/1981,³¹¹ por el que se regula la concesión de licencias y la adopción de medidas de seguridad de las armas que hayan de utilizar los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, en su artículo 6 dispone que *“los miembros de los Cuerpos de Policía a que se refiere el presente Real Decreto depositarán las armas siempre que sea posible, en los locales que tengan habilitados, con las debidas garantías de seguridad, las Comunidades Autónomas o Entidades Locales al finalizar su servicio normal y, en todo caso, siempre que por cualquier otra circunstancia se encuentren fuera de servicio”*. De este modo, se deja perfectamente claro que los agentes de la policía autonómica y local

³¹¹ Estos artículos son los únicos que siguieron vigentes tras la aprobación del Real Decreto 740/1983, de 30 de marzo, que a su vez fue derogado al aprobarse el vigente Reglamento de Armas de 1993, que no hizo mención los preceptos todavía subsistentes del RD de 1981 y por tanto se entiende que siguen todavía en vigor.

tienen la obligación de depositar el arma en un lugar habilitado en dependencias policiales del cuerpo respectivo al finalizar el servicio. La duda con respecto a la eximente objeto de estudio surge en relación con los eventuales supuestos de que un agente infringiera esta norma de depositar el arma y la utiliza fuera de servicio pero de forma correcta. ¿Podría este hecho de haber infringido la normativa reglamentaria incidir en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y no aplicarse por esta circunstancia?

En relación a las armas de fuego no hemos hecho mención al tipo de munición que utilizan, dando por sentado que las armas de fuego reglamentarias a las que me he referido utilizan munición del calibre 9 mm., parabellum, denominadas “*no letales*”, con la finalidad de que si se utiliza el arma como último recurso, no sea éste mortal de necesidad, sino que están diseñadas con un blindaje y una consistencia para atravesar el cuerpo del sujeto sobre el que se impacta y no para causarle otros daños añadidos. No obstante, y como hemos visto, los agentes policiales están habilitados para poseer otras armas particulares, algunas de las cuales pueden utilizar una munición diferente, y desde luego más lesiva que la policial. Se puede poner como ejemplo un revólver del calibre 357 Mágnum, o del calibre 45, de punta hueca, o también postas en una escopeta, todas ellas consideradas como munición potencialmente peligrosa. En este caso ¿podría afectar a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber la utilización de este tipo de munición por parte de un agente policial?

En epígrafes posteriores se analizarán los casos posibles que pueden darse en la realidad y las consecuencias penales que se pueden derivar de la infracción de esta normativa reglamentaria sobre armas, y que al igual que sucede con las actuaciones en el ejercicio del cargo, encontrándose el agente fuera de servicio o fuera de su demarcación territorial, pudieran tener una gran importancia para el estudio de la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber.

En relación al segundo de los asuntos planteados al inicio, referido a la regulación que del uso de las armas por los agentes policiales hace la LOFCS,

el artículo 5.2.d) de dicha norma, referido en exclusiva a los criterios que deben regir la utilización de las mismas, establece cuándo y en qué situaciones se usarán éstas, al decir que los agentes “solamente *deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana*”. En primer lugar, llama la atención los términos “*deberán*”, que hace obligatoria su utilización y “*solamente*”, que parece dirigir esta obligación de utilizar las armas únicamente frente a situaciones con riesgo concreto y grave para la vida propia o de terceros. Pero además, en este apartado la ley se está refiriendo a “*las armas*” en general, es decir a la utilización de cualquier arma de que disponga el agente, aquí sí, como reglamentaria, aunque tampoco lo deja claro.

En este sentido, BARCELONA LLOP opina que “*sería descabellado interpretar la expresión legal “deberán” en el sentido de una obligación, pero quizá hubiera sido más oportuno incorporar lo facultativo como regla: “podrán”; máxime cuando el adverbio “solamente”, precedido a “deberán”, parece indicar que los agentes de policía pueden utilizar las armas en otras circunstancias diferentes a las del artículo 5.2. d).*” Y añade este autor que “*el tema no es muy relevante, pero hay que reivindicar que también los pequeños detalles son importantes, debiendo ser tenidos muy en cuenta, más allá de la mera técnica legislativa, especialmente en la materia que nos ocupa.*”³¹² Comparto la opinión de este autor en cuanto a que debería haberse cuidado más la redacción del precepto, si bien, opino que sí es una cuestión muy relevante teniendo en cuenta la materia de que se trata y su incidencia en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tal y como ya he advertido anteriormente. Entiendo que en esta materia, tan potencialmente lesiva para el ciudadano, deberíamos contar con una norma con mayor índice de concreción y menor margen de interpretación, dado que obliga a que, en el mejor de los casos, sea interpretada y concretada por vía doctrinal y jurisprudencial, cuando no se debe acudir a instrumentos internacionales que regulan el uso de la fuerza con mayor precisión pese a la dificultad que éstos plantean a la hora de

³¹² BARCELONA LLOP, J. “El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica”... *Opus cit*, p. 105.

ser aplicados a nivel interno por cada uno de los Estados miembros del órgano internacional correspondiente.

Un ejemplo de esta falta de concreción de la LOFCS lo tenemos en los supuestos habilitantes para el uso de las armas previsto en el artículo 5.2 d), cuando dispone que se podrán hacer uso de las armas *“en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.”* Como vimos en el capítulo II, la amplitud de supuestos que puede acoger la referencia a la *seguridad ciudadana* ha hecho que algunos autores³¹³ hayan llamado la atención sobre la indeterminación de este precepto, que deberá interpretarse en sentido restrictivo. En esta línea, PORTILLA considera que únicamente cabrá utilizar las armas de *fuego “cuando haya peligro objetivo e inminente para su vida o integridad física o la de terceros, incluyéndose los presuntos atentados contra colectivos. El concepto de seguridad ciudadana se reduciría, según ello, a los casos en los que el peligro para la vida o integridad física no recae en una sola persona, sino en determinados grupos.”*³¹⁴ En mi opinión, no cabe considerar que este supuesto citado, referido al peligro de una colectividad, sea el único caso en el que pueden utilizarse las armas de fuego. Por el contrario, entiendo que también pueden utilizarse en supuestos en los que concurra peligro para personas individuales, pero siempre en casos excepcionales y con ciertos requisitos. Es posible pensar, así, en una persona que armada con una pistola se acerca a otra con la intención de dispararle y causarle la muerte. GÓMEZ BENÍTEZ opina también que cabrá invocar este precepto *“frente a delincuentes peligrosos, generalmente armados y con sospecha racional de que van a usar sus armas contra el funcionario.”*³¹⁵ En estos casos, el Tribunal Supremo suele exigir que se advierta al sujeto de las consecuencias de su acción, que posteriormente se hagan disparos

³¹³ OLMEDO CARDENETE, M. Análisis del artículo 20.7 del Código Penal, en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Artículos 19 a 23*. Editorial Edersa. Madrid, 1999, pp. 527 y ss.

³¹⁴ PORTILLA CONTRERAS, G. “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”, en *RFDUG*, 1987, p. 161.

³¹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas. Madrid, 1988, p. 411. También opina que cabe en supuestos de extrema gravedad que pueden afectar a una sola persona, SÁNCHEZ GARCÍA, M.I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 304.

intimidatorios al aire, y que si no queda más remedio se dispare a zonas no vitales. Al respecto creo que cabe matizar que las advertencias y los disparos al aire serán necesarios siempre que ello sea posible, lo cual no sucederá en situaciones que requieran una reacción rápida por parte del agente.

Supuestos muy similares a los citados han sido resueltos por el Tribunal Supremo. Así, la STS de 15 de marzo de 1990 recoge un caso en el que unos policías detienen a una persona que se encontraba en un bar, al entender éstos que se estaba riendo de ellos. Estando ya arrestado este sujeto golpea con el brazo a uno de los agentes y se da a la fuga corriendo, dándole el alto para que se detuviera, sin que hiciera caso, momento en el que el agente le dispara en siete ocasiones, alcanzándole dos de los disparos, y falleciendo después. El Tribunal Supremo analiza cuando y cómo hay que utilizar el arma de fuego al decir que:

“ante el trasgresor que se da a la huida, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen uso de armas de fuego, disparando contra zonas no vitales de aquél, cabrá hablar de legitimación, especialmente si concurre ausencia de otros medios y si el delito cometido por el que huye era de gravedad y capital importancia, y particularmente si se trata de delincuentes calificados policialmente de muy peligrosos, con racional sospecha de que vayan provistos de armas y se hallen prestos a hacer uso de las mismas; ausentes tales circunstancias, podría no merecer el comportamiento de la Autoridad o de sus agentes la conceptualización de ajustado a derecho, si bien la falta de la debida proporción entre el mal producido o augurado y el medio empleado para prevenirlo o repelerlo, puede, en su caso, recabar la aplicación de la eximente incompleta.”

En este caso, el motivo de la detención no era ni grave ni de capital importancia, como es evidente, por lo que no se apreció la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber ni de manera completa ni incompleta.

Con estas cautelas o mayor rigurosidad en los criterios de utilización de las armas de fuego se pretende que un concepto tan difuso y amplio como el que prevé el artículo 5.2 d) de la LOFCS pueda servir de supuesto habilitante para justificar el uso de las armas de fuego, que obviamente son los medios más lesivos que el agente policial tiene a su alcance. Es precisamente esa

incidencia tan lesiva en los derechos de los ciudadanos, que cobra su mayor expresión de peligro en el uso de armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, lo que hace que vengamos defendiendo una previsión legal para justificar la actuación de los agentes, y una previsión legal concreta y precisa para el uso de las armas, especialmente si se trata de armas de fuego. Desde luego la previsión que ahora se está analizando es tan amplia que casi daría cabida a cualquier actuación policial.

Por último, el artículo 5.2. d) LOFCS se remite acertadamente a *“los principios a que se refiere el apartado anterior”*, es decir, a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

A la vista de estos preceptos citados relacionados con el uso de armas en general podemos concluir que la LOFCS establece una clara separación entre la utilización de armas y la utilización de cualquier otro tipo de fuerza. Para todo tipo de armas, lo que incluye las de fuego, pero también las defensas, sprays, defensas eléctricas, etc., se aplicarán los requisitos que recoge el artículo 5.2.d) de la LOFCS que acabo de analizar; y para la coacción y fuerza física, aunque siempre en casos graves e irreparables, me remito al examen efectuado anteriormente del artículo 5.2.c). Éste parece ser el **objetivo** que pretendía la LOFCS, a tenor de lo dispuesto en el apartado II del Preámbulo de dicha norma cuando se afirma que *“a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía”*; regular por separado los criterios de uso de la fuerza respecto de los que deben concurrir para poder utilizar las armas, exigiendo en cada caso unos elementos diferentes, aunque bajo los mismos principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

4.- Normativa internacional vigente sobre la materia.

Al analizar la legislación reguladora del uso de la fuerza no nos podemos olvidar de la normativa internacional sobre la materia que se encuentra en vigor

y es aplicable en nuestro país, y que inspiró la redacción de los principios básicos de actuación que recoge la LOFCS, tal y como se explica en el propio Preámbulo de la ley, lo que supuso aglutinar toda esta normativa en el articulado de nuestra norma estatal.

En primer lugar, se encuentra la Resolución 690 de 1979 de 8 de mayo, del Consejo de Europa sobre “Declaración de la Policía”, que contiene una referencia expresa al uso de la fuerza, diciendo que se llevará a cabo de forma *“razonable para cumplir la misión exigida o autorizada por la ley”*, haciendo alusión posteriormente a la necesidad de dar a los policías *“instrucciones claras y precisas sobre la manera y circunstancias en las cuales deben hacer uso de las armas”*.

Posteriormente³¹⁶ la Resolución 169/34 de 17 de diciembre de 1979 de la ONU aprueba el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, que en su artículo 3º dispone que *“los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrá usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.”* En los comentarios oficiales a este artículo se determina que el uso de la fuerza será excepcional, circunscribiendo este uso *“en la medida en que razonablemente sea necesaria, según las circunstancias, para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda de esos límites.”* Se añade posteriormente el *“principio de proporcionalidad”*, y considera el uso de armas de fuego como *“medida extrema”*, debiendo *“hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños”*. El marco en el que está permitido su uso es *“cuando un presunto*

³¹⁶ Tal y como recoge BERISTAIN IPIÑA, A. “Código deontológico policial según Naciones Unidas”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, p. 76, *“el documento de Naciones Unidas se comenzó a elaborar antes que el aprobado en el Consejo de Europa y, en mi opinión, ha sido el fermento que ha puesto en movimiento las gestiones principales y las coordinadas básicas para la Declaración europea. Esta, a su vez, ha sido la matriz que ha inspirado, a veces aun literalmente, la Orden española aparecida en el Boletín Oficial del Estado de primeros de octubre de 1981 que, solo en cierto sentido pueden considerarse como código deontológico, pues, según indica su mismo título, son Principios básicos de actuación.”*

delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.”

Se puede extraer de la redacción de este artículo 3º que se considera el recurso a la fuerza como excepcional y extraordinario (último recurso), dirigido a cumplir con la misión asignada a los agentes de la ley (supuestos de habilitación en las funciones), únicamente cuando sea necesario (principio de necesidad), y de forma proporcional al objetivo legítimo que se ha de lograr (juicio de ponderación), conceptos éstos que conforman el centro de estudio de la doctrina y la jurisprudencia, tal y como veremos más adelante.

Sin embargo, quiero destacar la referencia que se hace a utilizar la fuerza en la medida en que sea “razonable”, expresión que parece apuntar a la valoración interna y solitaria del propio agente que de forma individual debe tomar la decisión de utilizar dicha fuerza, lo que nos conduce a que deba conocer cuándo y cómo utilizarla, situación que se acerca si no equivale a que el agente realice un examen *ex ante* de la situación.

Tal y como opina BERISTAIN, en relación al uso de armas de fuego, *“solo se admite como medida extrema, de tal manera que el policía deberá hacer todo lo posible por excluirlas, principalmente contra niños. La llamada Ley de fugas no tiene aceptación en el espíritu y en la letra del Código de Naciones Unidas.”*³¹⁷

A la vista de la redacción de estos preceptos se puede concluir que se trata de una normativa muy prudente, que delimita los supuestos concretos de aplicación de la fuerza y del uso de armas, y que atiende al principio en el uso de las armas como último recurso, dirigiendo a los Estados un mensaje

³¹⁷ BERISTAIN IPIÑA, A. “Código deontológico policial según Naciones Unidas”... *Opus cit*, p. 105. La llamada Ley de fugas a la que alude, citada también por otros autores como SÁNCHEZ GARCÍA, M.I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit*, p. 218, no ha sido aprobada con tal nombre en ningún momento, aunque sí que existía, de facto, una práctica habitual que permitía utilizar las armas en la huída del delincuente, fuese por el motivo que fuese. Véase al respecto las SSTS de 4 de abril de 1924 y de 26 de junio de 1876, entre otras.

manifiesto de que se dote de instrucciones precisas a las policías de los diferentes países de cómo y cuando utilizar dicha fuerza. En este punto, en referencia al mensaje que traslada esta normativa, CERVELLÓ DONDERIS opina que *“supone insistir en ambas normas en una referencia clara a la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza.”*³¹⁸

La norma nacional que de forma específica debería regular esta materia es la LOFCS, que como hemos dicho no cumple las expectativas de la normativa internacional. Esta última contiene límites más precisos y concretos en el uso de la fuerza y especialmente en lo referente al uso de armas de fuego.

En este mismo contexto supranacional, y debido al aumento preocupante de la delincuencia en el ámbito internacional, se aprobaron los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Tales principios, debido a su fecha de aprobación, no han informado nuestra LOFCS, pero sin embargo son de aplicación a España, puesto que van dirigidos a todos los Estados integrantes de Naciones Unidas, como es el caso de nuestro país.

Sus primeros artículos van dirigidos a los gobiernos de los diferentes Estados, conminándoles a adoptar medidas legislativas sobre la materia. En este sentido, su artículo 1º proclama que *“los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.”* Asimismo se recogen criterios concretos aplicables a diferentes situaciones posibles, y así el artículo 4 establece que *“los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida*

³¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V. “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit*, p. 19.

de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.”

También la regulación de los requisitos para la utilización de armas de fuego es mucho más detallada. El artículo 5 dispone que *“cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.”* Estos criterios incluidos en las Disposiciones generales de la norma internacional se complementan con las Disposiciones especiales de dicho instrumento al disponer que : *“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida. 10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso. 11. Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener*

directrices que: a) *Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.”*

En el mismo plano se sitúan las *Reglas de Justicia penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz*, que dictadas por la ONU en 1994 contiene entre sus principios esenciales dirigidos a la Policía que: “*La fuerza se utilizará sólo cuando sea estrictamente necesario y nunca de forma excesiva*”, y también: “*Las armas de fuego se utilizarán excepcionalmente y sólo como último recurso*”, desarrollándose los mismos en su artículo 2 bajo el título: “*Fuerza y armas de fuego*”, donde se establece que: “*2.1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2.2 Toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente y a asociarse libremente con otras personas. 2.3 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley **no utilizarán la fuerza ni la violencia, salvo cuando otros medios resulten ineficaces, ni utilizarán más fuerza que la absolutamente necesaria para alcanzar el objetivo legítimo de hacer cumplir la ley.** 2.4 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley **no utilizarán un arma de fuego con intención de matar a nadie, salvo si resulta completamente inevitable** para proteger la vida del propio funcionario o la de cualquier otra persona. 2.5 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no utilizarán armas de fuego contra las personas, salvo en las siguientes circunstancias y sólo en caso de*

que resulten insuficientes medidas menos extremas para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Defenderse a sí mismos o defender a otras personas en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves; 2. Evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; 3. Arrestar a una persona que represente una seria amenaza para la vida y oponga resistencia a esfuerzos apropiados para hacer cesar esa amenaza; y 4. Impedir la fuga de alguien que represente una seria amenaza para la vida.

2.6 Si los funcionarios de policía o de seguridad pública utilizan armas de fuego contra las personas en las circunstancias descritas en el párrafo 2.5: 1. Se identificarán como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; 2. Darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego; y 3. **Darán tiempo suficiente para que se tenga en cuenta la advertencia**, salvo que, al hacerlo: a) se pusiera en grave peligro al funcionario encargado de hacer cumplir la ley; o b) se creara un grave riesgo de muerte o daños graves a otras personas; o c) resultara evidentemente inadecuado o inútil dadas las circunstancias.

2.7 Cuando el empleo de armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: 1. Ejercerán **moderación y utilizarán sólo la fuerza necesaria para lograr el objetivo** legítimo de hacer cumplir la ley; 2. Respetarán la vida humana y reducirán al mínimo los daños y lesiones a las personas; 3. **Reducirán al mínimo los daños** a los bienes; 4. Tan pronto como sea posible, ayudarán a toda persona herida y le prestarán servicios médicos en caso necesario; y 5. Tan pronto como sea posible, velarán por que se notifique lo sucedido a los parientes o amigos de las personas heridas o afectadas por el incidente.

2.8 Siempre que un funcionario encargado de hacer cumplir la ley use un arma de fuego, deberá informar a su superior tan pronto como sea posible.

2.9 Toda persona afectada por el uso de armas de fuego tendrá derecho a solicitar de las autoridades una investigación o revisión oficial (incluida la revisión por un juez u otra autoridad similar). Si se ha producido una muerte, las personas a cargo del fallecido tendrán derecho a que se haga una revisión. También el representante legal de la persona afectada por el uso de armas de fuego tendrá derecho a solicitar una revisión.

2.10 Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios encargados de cumplir la ley a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso

*ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y esos funcionarios superiores no hayan adoptado todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar y denunciar ese uso. 2.11 **Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, a raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era ilícita y tuvieron oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas***". (La negrita es añadida).

Puede apreciarse que las reglas que aquí se dictan poseen un contenido similar a las que ya hemos visto, regulándose con detalle los casos y los supuestos que autorizan a utilizar la fuerza, la forma en que aplicará y con una especial referencia al uso de armas de fuego por los agentes policiales.

Por último, conviene citar también la Recomendación Rec. (2001), 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado el 19 de septiembre de 2001 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en su punto 54 dice que *"la privación de libertad debe limitarse tanto como sea posible y aplicarse teniendo en cuenta la dignidad, la vulnerabilidad y las necesidades personales de cada persona detenida"*. De esta manera y aunque de forma muy genérica, se hace una clara alusión al ya citado principio de *"menor lesividad"* que, como se ha visto, ya se encuentra regulado en el artículo 5.3 b) de la LOFCS y de forma más detallada en el artículo 520 de la LeCrim.

Puede comprobarse que toda esta normativa, frente a nuestra regulación interna, está mucho más desarrollada, es mucho más concreta y resulta mucho más acorde a las exigencias del principio de legalidad y, en particular, al mandato de taxatividad.

5.- Normativa administrativa interna referida al uso de de la fuerza y uso de armas de fuego. Rango normativo.

Como punto final al análisis legislativo actual sobre el uso de la fuerza policial³¹⁹, no hay que olvidar las diferentes Instrucciones dictadas por la Secretaría de Estado de Seguridad (anterior Dirección General de la Seguridad del Estado) en esta materia, ni tampoco las propias de las Direcciones Generales de la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, y responsables de las Policías Autonómicas y Locales, y las dictadas por la Fiscalía General del Estado, en las que se sintetiza y se interpreta toda esta normativa, ofreciendo pautas de actuación policial que por su concreción son muy eficaces respecto a cómo deben actuar los agentes policiales en sus funciones diarias relacionadas con esta materia.

Aunque esta normativa será citada de forma concreta en los epígrafes siguientes, cabría destacar ahora, entre otras, la Instrucción de la Dirección General de la Seguridad del Estado de 14 de abril de 1983, sobre *Utilización de armas de fuego por miembros de las FCSE* y la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los *Comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial*. Ambos instrumentos interpretan de forma expresa los criterios en el uso de las armas y la fuerza policial respectivamente y son de gran interés, a este respecto, como veremos. También aportan datos interesantes la Instrucción 3/2009 de la FGE sobre el *Control de la forma en que ha de practicarse la detención*; las Circulares 1/1994 de la Dirección General de la Guardia Civil, sobre *Utilización de armas de fuego*, y la 12/1987, de 3 de abril, de la Dirección General de la Policía, sobre *Utilización de armas de fuego*; y las Instrucciones 4 y 5 de 11 de marzo de 2008, de Dirección General de la Policía de la Generalitat – Mossos d'Esquadra, sobre la misma materia, entre otras.

³¹⁹ Hay otras normas que, desde diversos sectores, también realizan una previsión legal del uso de la fuerza por los agentes policiales y así la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los Derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, dispone en su artículo 17 que *”los miembros de la Guardia Civil están obligados a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, debiendo tener siempre presente el respeto a la vida y a la integridad física y moral de la persona”*. Por su parte el Código ético del Cuerpo Nacional de Policía, regula en su artículo 26 el uso de la fuerza, ofreciendo límites y definiciones de los criterios que deben regir las actuaciones policiales que requieran de esta medida.

Por lo que respecta a este tipo de instrumento normativo, creo conveniente hacer un breve análisis relativo a la posición que ocupa dentro del marco normativo, al objeto de determinar el rango o relevancia que cabrá otorgarles en este contexto.

Es evidente que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su triple vertiente (pertenecientes al Estado, a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales), forman parte de la Administración Pública, también en su triple vertiente (administración general del Estado, administración autonómica y administración local). Por tanto, al estar integradas en la Administración Pública, quedan vinculadas y supeditadas de forma directa al principio de legalidad, tal y como se exige por el artículo 103 de la Constitución Española al establecer que la Administración Pública sirve “*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, y de acuerdo con el principio de jerarquía.

Atendiendo a la estructura vigente de los órganos ministeriales, podemos observar que la Dirección General de la Guardia Civil y la Dirección General de la Policía están integradas en el organigrama del Ministerio del Interior, bajo la dependencia directa del Secretario de Estado de Seguridad.³²⁰ De esta estructura, puede deducirse que las Instrucciones dictadas por la Secretaría de Estado de Seguridad son de obligado cumplimiento por todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que, por otro lado, son a los que van dirigidas.

Estas instrucciones no tienen efectos jurídicos, puesto que no se publican en el BOE, y tienen un valor puramente interno en la función administrativa.³²¹ En este sentido, y desde el punto de vista administrativo, los artículos 21.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común, regulan este

³²⁰ La estructura y dependencia actual de la Dirección General de la Guardia Civil y de la Dirección General del Cuerpo Nacional de Policía viene establecida en el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, modificado por Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre.

³²¹ OLMEDO CARDENETE, M. “Análisis del artículo 20.7 del Código Penal”, en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Artículos 19 a 23... Opus cit.*, p. 529.

tipo de normativa interna al decir que *“los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.”* En su apartado segundo, se establece además que su incumplimiento puede llevar consigo *“responsabilidad disciplinaria”*. Es precisamente este precepto el que sería de aplicación a los componentes de las policías autonómicas y policías locales que, al no estar integradas en la estructura del Ministerio del Interior, no estarían vinculados administrativamente por las instrucciones de la SES, pero sí por las circulares, órdenes o instrucciones de su gobierno autonómico o corporación local.

Junto con esta vinculación a su administración correspondiente, sea estatal, autonómica o local, cabe apuntar que el artículo 126 CE sí que tiene como destinatarios todos los miembros de las FCS al margen de a qué administración sirvan, por cuanto está dirigido a la policía judicial y esta consideración sí que la poseen todos los agentes policiales. En este sentido, las órdenes recibidas por los jueces o por el Ministerio Fiscal en cualquier forma (circular, instrucción, etc.) son vinculantes para todos ellos.

A modo de conclusión, puede decirse que este tipo de normativa interna carece de efectos jurídicos y tendrían el valor de una orden superior. Lo que sí es cierto es que esta normativa interna desempeña una labor muy destacable en punto a la interpretación y ajuste de los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales aplicables a la actuación policial concreta, convirtiéndose en verdaderos protocolos de actuación policial al intentar ofrecer cauces correctos de actuación de los agentes aplicados a supuestos concretos. Si se logra este objetivo se verá en los próximos capítulos.

6.- Conclusiones. Algunos interrogantes pendientes.

A la vista de la normativa expuesta en las páginas anteriores, surgen numerosos supuestos que pueden tener incidencia en la apreciación o no de la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber y que serán estudiados en el próximo Capítulo una vez haya sido analizada la posición de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de los requisitos que deben exigirse para contemplar la

eximente que se estudia. Así, las cuestiones principales a las que se habrá que dar solución son las siguientes:

-La regulación que la LOFCS hace del uso de armas, ¿da cobertura legal a la utilización de defensas, botes de humo o pelotas de goma, en casos de resistencia pasiva de los ciudadanos como en el caso de manifestaciones?

-Si la causa que determina la actuación de los agentes no tiene previsión legal, ¿puede suponer la falta de habilitación legal y por tanto la no aplicación de la eximente? ¿Y si se produce extralimitación en las atribuciones legales de los agentes?

-Una actuación legítima de los agentes de policía, siguiendo los parámetros correctos en la utilización de la fuerza, y una extralimitación posterior, cuando el ciudadano ya está detenido (lesiones, torturas, etc.) ¿afectaría a la actuación anterior a esta extralimitación?

-La utilización de armas consideradas como antirreglamentarias por los agentes, ¿de qué forma incide en la apreciación de la eximente?

-¿Pueden utilizarse armas particulares estando de servicio?

-¿Afecta a algún aspecto de la eximente la utilización de armas reglamentarias, particulares o antirreglamentarias fuera de servicio o fuera de la demarcación territorial?

-La utilización de un palo de madera, una linterna, una barra de hierro, una silla o cualquier otro objeto por parte de los agentes policiales como medio menos lesivo al practicar una detención, ¿sería considerada como arma antirreglamentaria? ¿Afectaría a la eximente?

-Utilizar munición potencialmente lesiva por su calibre o su morfología, ¿se considera una extralimitación o cabría aplicar la eximente incompleta?

-¿La utilización de armas de fuego cuando el sospechoso se da a la fuga puede ser acogida por la eximente como completa o incompleta?

-¿Son suficientes los criterios y principios contenidos en la LOFCS relativos a la utilización de la fuerza o las armas por los agentes policiales o se requiere que aquéllos se completen con otros?

A lo largo de este trabajo se resolverán estas cuestiones y otras más que irán surgiendo, intentando ponderar la regulación legal de la materia, y la posición doctrinal y jurisprudencial, a fin de elaborar unos criterios propios que las resuelvan.

Aunque como hemos ido señalando a lo largo de este Capítulo en relación a la regulación que del uso de la fuerza policial hace la LOFCS, hay que decir que esta norma que se erige como estatuto policial destaca por su vaguedad y poca concreción en este asunto, y así, sería deseable de *lege ferenda* una mayor concreción en su regulación tal y como hace al respecto la normativa internacional analizada. Con todo, sí se deduce un programa de principios básicos restrictivos y protectores de los derechos y garantías de los ciudadanos que recogiendo el espíritu de los textos precedentes dan cumplimiento a la reserva de ley prevista en el artículo 104 CE.

CAPÍTULO IV – REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

CAPÍTULO IV – REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

SUMARIO

1.- Planteamiento.

2.- Requisitos de la eximente.

2.1.- Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público habilitado legalmente para el uso de la coacción o la fuerza.

- a) Delimitación de los sujetos a los que se puede aplicar la eximente.
- b) El principio de habilitación legal.

2.2.- Conducta en el marco efectivo de las funciones del cargo.

- a) Actuaciones fuera de servicio.
- b) Actuaciones fuera del territorio o demarcación.
- c) Actuaciones por motivos ajenos a la función.

2.3.- El principio de necesidad y los criterios de necesidad en abstracto y necesidad en concreto de la fuerza policial.

2.4.- La proporcionalidad en el uso de la fuerza por los agentes policiales.

2.5.- Otros criterios concurrentes con la necesidad y proporcionalidad. Los principios de congruencia y oportunidad.

2.6.- Actitud agresiva o de resistencia del sujeto.

- a) Actuación policial en casos de huida.
- b) Utilización de la fuerza policial en supuestos de resistencia pasiva en reuniones o manifestaciones.

2.7.- El elemento subjetivo del injusto en el cumplimiento de un deber.

2.8.- El denominado «examen conforme a deber» del funcionario público como posible elemento subjetivo de la eximente.

3.- Cumplimiento de un deber como eximente incompleta.

3.1.- Ausencia de elementos esenciales (exceso extensivo):

- a) Castigo a título de dolo.
- b) La ausencia del elemento subjetivo de justificación.

3.2.- Ausencia de un elemento accesorio de la eximente (exceso intensivo):

- a) Supuestos dolosos.
- b) La utilización de armas antirreglamentarias y otros medios.

3.3.- Incidencia de la imprudencia sobre los elementos esenciales y sobre los elementos accesorios de la eximente.

CAPÍTULO IV – REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

1.- Planteamiento.

Teniendo como base el marco positivo expuesto en el Capítulo III, la doctrina y la jurisprudencia han ido pergeñando los diferentes límites en los que el uso legítimo y correcto de la fuerza o violencia por las fuerzas policiales tenía cabida, partiendo aquí de la inevitable conexión entre la referida regulación legal con la contenida en el artículo 20.7º del Código Penal que recoge la eximente objeto de estudio de este trabajo.

Dentro de los estudios doctrinales referidos al uso de la coacción o fuerza por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que abordan los requisitos que deben concurrir para aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, hay quienes se apoyan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, adhiriéndose a los requisitos que vienen exigiéndose en las resoluciones que dicta el Alto Tribunal sobre esta materia, mientras que otros establecen unos principios materiales sobre el uso de esta fuerza apoyándose en el enunciado legal previsto en el artículo 5.2, apartados c) y d), o bien en los generales de las causas de justificación. De todos ellos nos vamos a ocupar en las páginas siguientes.

Así, por ejemplo, CEREZO cita los principios de “*necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad*”, y añade un elemento subjetivo consistente en que “*el sujeto debe actuar con ánimo de cumplir con su deber.*”³²² Podemos observar que este autor se apoya en los criterios previstos en la LOFCS, a los que añade el principio de necesidad y también un elemento subjetivo que supone, para poder aplicar la eximente, el conocimiento por parte del sujeto de que está actuando en cumplimiento de un deber y la voluntad de

³²² CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 301-302, y en su artículo “La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”... *Opus cit.*, p. 283.

querer hacerlo conforme a dicho conocimiento. No obstante, no ofrece ninguna definición de los principios a los que hace referencia.

Por su parte, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN³²³ entienden que los requisitos que deben regir en el uso de la fuerza policial son los generales de las causas de justificación, si bien, citan igualmente los principios de necesidad y proporcionalidad, sin dotarles tampoco de contenido alguno.

MIR PUIG³²⁴ opina que ante la imposibilidad de “describir legalmente todas y cada una de las concretas situaciones”, “hay que acudir a una delimitación general de los presupuestos de dicho uso de la fuerza” y por tanto entiende que debe concurrir un presupuesto subjetivo, integrado por las condiciones relativas al sujeto, que se concretan en la condición de autoridad o agente de la misma, y ejercicio efectivo del cargo, y al mismo tiempo se deben dar unos límites objetivos, sintetizados en los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, el Tribunal Supremo, para aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, cuando del uso de la fuerza se trata, exige unos requisitos que se han venido manteniendo de forma más o menos constante, y que se unifican por primera vez en la STS de 20 de octubre de 1980 (Ponente: Luís Vivas Marzal), estableciendo que:

“La causa de exención de la responsabilidad criminal 11 del art. 8 del C. P., en su modalidad legitimadora del uso de fuerza o de violencia por parte de la Autoridad o de sus agentes, encontró, en este Tribunal, y en fase ya superada, su justificación única en la agresión ilegítima precedente y procedente de aquella persona sobre la que, después, recae la fuerza o la violencia, habiendo declarado, las sentencias de dicho Tribunal de 14 julio 1919, 28 marzo 1930, 28 diciembre 1935 (RJ 1935\2443) y 6 febrero 1945 (RJ 1945\216), que, tanto la eximente completa como la incompleta, requieren inexcusablemente la agresión ilegítima. Sin embargo y puesto que, como destaca la doctrina científica, esta posición y la exigencia a ultranza de la ilegítima agresión oscurecería la diferenciación de esta eximente con la legítima defensa, pronto abundaron las sentencias inspiradas en criterio distinto y se abandonó definitivamente esta postura, como puede comprobarse en las SS. de 25 junio

³²³ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 362-363.

³²⁴ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 496.

1889, 23 marzo 1942 (RJ 1942\375), 22 enero 1943 (RJ 1943\59), 9 y 27 marzo 1951 (RJ 1951\515 y RJ 1951\853), 6 abril 1956 (RJ 1956\1587), 10 octubre 1958 (RJ 1958\3007), 23 junio 1959 (RJ 1959\2286) y 16 marzo 1961 (RJ 1961\860), las cuales, siquiera sea, en la mayoría de las ocasiones, en forma incompleta, aceptan la eximente basándose en que, el ordenamiento jurídico, atribuye a la Autoridad y a sus agentes el cumplimiento de ciertas funciones -prevención del delito, detención, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público-, cuyo ejercicio puede hacer necesario y, por lo tanto, legítimo el uso de la fuerza, como lo evidencian los arts. 492 y 546 y siguientes de la L. E. Crim. y 11, 12 y 13 de la Ley de Orden Público (RCL 1980\1055 y NDL 22723) -véase especialmente el art. 568 de la primera Ley citada-; siendo indispensable para la estimación de la eximente analizada; 1.º) que ha de tratarse necesariamente **de Autoridad o de sus agentes**, habiendo declarado, al respecto, este Tribunal, en S. de 29 diciembre 1953 (RJ 1953\3489), que, los funcionarios del Cuerpo General de Policía, están de servicio permanente y han de intervenir siempre que las circunstancias lo demanden; 2.º) que, dicha Autoridad o sus agentes, se hallen en el **ejercicio de una función pública** a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo les impone; 3.º) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean **necesarios**, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública, agregándose que será necesaria aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la **menor lesividad posible**, para conseguir el cumplimiento de la función, distinguiendo, la doctrina, entre la necesidad de la violencia **en abstracto** y la necesidad **en concreto**, la cual equivale a la idoneidad **del medio** específicamente interpuesto o utilizado, añadiéndose que si no hay necesidad abstracta del empleo de fuerza no operará la eximente ni como completa ni como incompleta, y que, si falta la necesidad concreta, podrá aplicarse al amparo del núm. 1.º del art. 9 del C. P.; 4.º) que en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hace uso de armas de fuego, disparando contra aquél sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación especialmente si concurre ausencia de otros medios y si, el delito cometido por el que huye, era de capital importancia, pero si la transgresión no era especialmente grave, no cabrá calificar el comportamiento de la autoridad o de sus agentes, como ajustados a Derecho -véanse SS. de 2 abril y 14 junio 1960 (RJ 1960\1166 y RJ 1960\1994), 9 marzo 1963 (RJ 1963\1008) y 9 mayo 1969 (RJ 1969\2735)-, si bien, no habiendo la debida **proporción** entre el mal producido o augurado y el medio empleado para repelerlo o prevenirlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta; 5.º) que, abundando en lo dicho, cuando el exceso se produce por **ausencia total de necesidad**, constituye extralimitación manifiesta que impide la aplicación de la exención, tanto en forma completa como incompleta, pero si el exceso acontece por **inadecuación** de los medios utilizados, cabrá la aplicación de la eximente incompleta.”(La negrita es añadida).

Como se puede apreciar de la lectura de esta resolución, la norma legal habilitante para el uso de la fuerza que se cita es la Ley de Orden Público de 1959³²⁵, si bien se apoya en conceptos doctrinales como por ejemplo la

³²⁵ La STS de 19 de diciembre de 1980 cita a la Ley de Policía de 1978; la STS de 2 de julio de 1987 cita la Orden Ministerial de 30-09-1981, que recogía veintiocho principios básicos de

necesidad en abstracto y necesidad en concreto, introducidos por CÓRDOBA RODA.³²⁶ Esta sentencia, como han señalado algunos autores, supuso una gran novedad por diversos motivos.³²⁷ En primer lugar, se abandona, aunque todavía existen resoluciones aisladas que la siguen aludiendo³²⁸, la tradicional exigencia de agresión ilegítima para poder aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y que, como la propia sentencia recoge, la confundía con la eximente de legítima defensa.³²⁹ En segundo lugar, reúne en una misma resolución los requisitos que, con algunos cambios, se van a mantener hasta la actualidad. Así, sintéticamente reproducidos, para poder aplicar la eximente se exige que: 1º.- El sujeto sea Autoridad o agente de la Autoridad. 2º.- Que se hallen en el ejercicio de la función pública. 3º.- Que exista necesidad en abstracto para el uso de la fuerza y con la menor lesividad posible, y también necesidad en concreto de utilizarla. 4º.- En casos de huída, y previa advertencia de su utilización, sólo pueden utilizarse las armas en casos en que el delito perseguido sea grave. 5º.- Si existe una falta total de necesidad no se aplicará la eximente, pero si se produce una inadecuación de medios cabrá aplicar la eximente incompleta.

Se puede decir, de forma genérica, que estos requisitos se van ampliando o modificando según el supuesto concreto y así la STS de 20 de abril de 1990 introduce un nuevo requisito que va a tener una presencia constante en las resoluciones posteriores, el hecho de que la víctima haya ofrecido resistencia o una actitud peligrosa para fundamentar el uso de la fuerza policial, cuando alude al *“grado de resistencia o actitud, en su caso, del previamente intimidado”*.

actuación y que supone el antecedente del artículo 5 de la actual LOFCS, que también se cita en esta resolución.

³²⁶ CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972, p. 368.

³²⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 224; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 497.

³²⁸ Aunque de forma poco clara, siguen exigiendo un acometimiento previo para poder utilizar la fuerza policial y así aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, las SSTS 866/1994, de 27 de abril; 1648/1993, de 2 de julio y 366/1992, de 20 de febrero.

³²⁹ Véase el Capítulo V, epígrafe 3, donde se analizan las diferencias entre ambas eximentes.

También será una exigencia por parte de la jurisprudencia el requisito de la proporcionalidad entendido como ponderación de intereses, y que va a suponer, tras un juicio previo de valoración, si los intereses que se van a lesionar guardan proporción con los que se trata de salvaguardar con la función policial. Este último requisito se introduce por primera vez en la STS 1715/1994, de 30 de septiembre, en los siguientes términos:

“5.º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, como ya se ha dicho, pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto», como ha dicho algún autor.”

Como ya vimos³³⁰, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a esta STS de 20 de octubre de 1980, se apoyaba principalmente y de forma exclusiva en los principios de necesidad y proporcionalidad, aunque todavía existen sentencias de fecha reciente que siguen aludiendo a estos dos únicos criterios para resolver casos de utilización de la fuerza policial donde se alega dicha eximente.³³¹

Analizada toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber existente tras esta resolución de octubre de 1980, se puede concluir, con leves matices, que de manera general esta sentencia ha trazado las líneas básicas que va a seguir el Tribunal Supremo en esta materia, donde la mayoría de las resoluciones seguirán estos criterios con algunas modificaciones como veremos a continuación.

³³⁰ Véase Capítulo II, epígrafe 2.

³³¹ Véanse en este sentido, las SSTs 27/2013, de 21 de enero; 159/2011, de 28 de febrero; 112/2005, de 31 de enero y 1436/2004, de 13 de diciembre, entre muchas otras.

Así expuestos, las sentencias del Alto Tribunal siguen manteniendo hoy los siguientes requisitos: 1º.- Que el sujeto sea Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público, habilitado legalmente para el uso de la violencia. 2º.- Que actúe en el ejercicio efectivo de sus funciones. 3º.- Necesidad en abstracto de la fuerza o violencia. 4º.- Necesidad en concreto de la misma.

Del mismo modo y de forma muy parecida a como lo hace la STS de 20 de octubre de 1980, se fijan como esenciales los tres primeros requisitos, y por lo tanto, si falta alguno de ellos, no se podrá aplicar la eximente tal y como recuerda, entre otras, la STS 1262/2006, de 28 de diciembre, al decir que “*si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente núm. 7 art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta.*” En cambio se abandona como requisito las referencias a casos de huída, y dicho asunto se ventilará de manera concreta en cada resolución, introduciéndose, como hemos visto, el requisito referido a la ponderación de intereses, o el de resistencia o actitud peligrosa de la víctima según los casos.

De la forma que acabamos de esbozar es como quedan diseñados los criterios en los que se basa el Alto Tribunal a la hora de aplicar o no la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, en el caso de utilización de fuerza por los agentes policiales.

Tal y como hemos apuntado al inicio de este epígrafe, buena parte de los estudios doctrinales sobre este asunto se apoyan de manera clara en estas estructuras que ha ido diseñado la jurisprudencia del Tribunal Supremo³³²,

³³² QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal...Opus cit.*, p. 512; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, pp. 324-326; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 394-395; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 151; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias*. Editorial La Ley. 4ª edición, Añoover de Tajo (Toledo),

refiriéndose de forma expresa a estos mismos criterios que acabamos de apuntar, cuyo análisis pormenorizado se recoge en las páginas siguientes.

Antes de iniciar este análisis, quisiera resaltar que tras la publicación de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de FCS, donde se recogen de forma expresa los principios que deben regir la actuación de los agentes policiales (congruencia, oportunidad y proporcionalidad), la reacción de la jurisprudencia ha sido, con carácter general, seguir aplicando los criterios que ya venía exigiendo antes de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, y en el mejor de los casos, cita los de ésta de forma genérica como criterios que deben regir esta materia al mismo tiempo que se recogen los requisitos tradicionales³³³, como ocurre por ejemplo en la STS de 2 de julio de 1987, que dice:

2011, pp. 227-228; NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 255; JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. VI. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General...Opus cit.*, p. 171; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 311 y en MÉNDEZ ALVAREZ, C., “Artículo 20.7º”, en ARROYO ZAPATERO, L / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Directores) / NIETO MARTÍN, A. / PÉREZ CEPEDA, A.I. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Iustel. Madrid, 2007, pp. 124-125; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7º”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 227; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director) / JORGE BARREIRO, A. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 106; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Art. 20.7º”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Director y autor) y otros. *Código Penal Comentado*. Tomo I. Editorial Bosch. 3ª edición. Editorial Bosch. Barcelona, 2012, p. 120; SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial El Derecho. 2ª edición. Madrid, 2011, p. 105.

³³³ Entre algunas de las resoluciones más recientes del Tribunal Supremo cabe citar las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre, 153/2013, de 6 de marzo, que mencionan expresamente los principios recogidos en el artículo 5.2, apartados c) y d), de “congruencia, oportunidad y proporcionalidad”. Por su parte, la STS 159/2011, de 28 de febrero, alude de forma genérica a los principios de “necesidad y proporcionalidad que establece el art. 5.2. c) de la LO 2/1986”, cuando, como hemos visto, el principio de necesidad no está previsto como tal en dicha norma. En cambio las SSTS 949/2013, de 19 de diciembre, 27/2013, de 21 de enero y 882/2010, de 15 de octubre, entre otras, no citan estos principios pese a que resuelven supuestos de aplicación de la fuerza policial.

“2. La causa de exención de la responsabilidad criminal núm. 11 del artículo 8 del Código Penal, en su modalidad justificante o legitimadora del uso de la fuerza o violencia por la Autoridad o sus agentes, requiere, según la Sentencia de 9 de Diciembre de 1986 (RJ 1986\7859), que recapitula y actualiza la doctrina sobre el particular emanada de esta Sala, no sólo que quien emplea la fuerza tenga la condición de Autoridad o agente de la misma y que actúe en el ejercicio de la función pública que le está encomendada, sino que su comportamiento violento sea necesario, esto es, que obedezca «a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública», distinguiéndose entre la necesidad de la violencia en abstracto y la necesidad en concreto -la última de las cuales plantea el problema de la idoneidad del medio coactivo empleado- y llegándose finalmente a la conclusión de que si falta la necesidad abstracta no podrá operar la eximente ni como completa ni como incompleta, pudiéndose, en cambio aplicar esta última si sólo se ha incurrido por el agente en el uso de medios inadecuados o desproporcionados. 3. A la luz de esta doctrina, aparece con meridiana claridad la total improcedencia de intentar amparar con la eximente de referencia, ni aun en la forma atenuada que permite el artículo 9, núm. 1.º del Código Penal, a quien, como el recurrente, dispara y alcanza a persona que se encuentra fuera -aunque muy cerca- del coto que tiene obligación de custodiar, por la inconsistente razón de no haber atendido y contestado a sus llamadas, toda vez que, de una parte, el cazador contra el que hizo fuego no había violado, en modo alguno, los bienes o derechos confiados a la guarda del recurrente y, de otra, ninguna obligación tenía el lesionado, puesto que ejercía su derecho de caza en un coto vecino, de prestar atención y dar respuesta al impertinente requerimiento del que a distancia le voceaba. Es más, aun en el hipotético supuesto -no adverbado, como ya hemos dicho, por la declaración de hechos probados- de que el perjudicado hubiese en algún momento traspasado la linde y se hubiese dedicado al cinegético pasatiempo dentro de la finca custodiada por el recurrente, habría que negar categóricamente la necesidad, incluso la abstracta, de que el segundo utilizase contra el primero su rifle, pues en ningún caso puede estar justificado el empleo de armas de fuego -de consecuencias eventualmente graves siempre y, en ocasiones, irreparables- en la defensa o garantía del derecho de cazar de modo exclusivo que asiste a los titulares de un predio acotado al efecto, siendo oportuno recordar aquí, para que quede claro que el problema del uso de las armas por los agentes de la Autoridad, en relación con la eximente cuestionada, no se inscribe sólo en la exigencia de **proporcionalidad** de los medios coactivos a emplear, sino en la más profunda y decisiva de la **necesidad**, que el **artículo 5,1 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**, siguiendo las líneas marcadas por la Resolución 690 del Consejo de Europa, que ya inspiró la Orden de 30-9-81 (RCL 1981\2344 y ApNDL 1975-85, 11036) sobre Principios básicos de actuación de la Policía, establece que los miembros de dichas Fuerzas y Cuerpos «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana». Es evidente, pues, que el Tribunal de instancia procedió con absoluta corrección al no apreciar en la conducta del recurrente la circunstancia eximente de actuación en el ejercicio legítimo de cargo, por lo que el motivo debe ser terminantemente rechazado”. (La negrita es añadida).

No existe ninguna sentencia del Tribunal Supremo donde se definan, o se adapte su contenido a los parámetros tradicionales que se venían utilizando, y sin embargo sí nos encontramos con alguna resolución aislada que se basa de forma exclusiva en dichos principios, como la STS 1496/2000, de 30 de septiembre, referida a un policía municipal que golpea en la cabeza con su defensa reglamentaria a la víctima para que desaloje las dependencias policiales estimando el Alto Tribunal que existe desproporcionalidad en su conducta, al decir que:

*“Como bien razona la sentencia recurrida no es aplicable esta causa de justificación pues la referida Ley Orgánica ha de interpretarse en base a los principios de **congruencia, oportunidad y racionalidad** pues «solamente deberán utilizar las armas en ocasiones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física (la del agente) o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana... (art. 5.4, C)». Y, en el presente caso, no se dan estos requisitos, pues es muy claro que para desalojar las dependencias policiales a un individuo (a un solo individuo) que además se encontraba inerte, no era preciso acudir a métodos tan contundentes y agresivos, máxime cuando en las mismas dependencias se encontraba otro agente municipal con la categoría de sargento. Es decir, existió una extralimitación en el uso del deber de tal envergadura, que la proporcionalidad que requiere la norma exoneradora para poder aplicarse, no es posible apreciarla.”* (La negrita es añadida).

Puede apreciarse que esta resolución cita los principios establecidos en el artículo 5.2. c) de la LOFCS que deben presidir las actuaciones de los agentes policiales, fijando su atención en el principio de proporcionalidad que se considera no satisfecho y por lo que se hace imposible la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

2.- Requisitos de la eximente.

En las páginas siguientes se van a exponer de forma conjunta los requisitos que han sido sugeridos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y que he considerado fundamentales para obtener una visión completa de la figura objeto de este trabajo, que serán analizados de forma detallada resaltando la importancia, la problemática y la incidencia de cada uno de ellos en la eximente que se estudia.

2.1.- Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público habilitado para el uso de la coacción o la fuerza. Delimitación de los sujetos a los que se puede aplicar la eximente.

La mayoría de la doctrina³³⁴ considera que para poder aplicar la eximente que se está analizando, el sujeto debe ser “Autoridad” o “agente de la Autoridad”, configurándose así este requisito o presupuesto como esencial para poder aplicar la eximente.³³⁵ En otras ocasiones se alude al término

³³⁴ Con diferente redacción consideran que se trata de uno de los requisitos que exige la eximente, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 227; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español. Tomo 1*. 6^a edición. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 252; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, p. 512; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 497; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 92; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 255; LUZÓN PEÑA. *Enciclopedia Penal básica... Opus cit.*, p. 634; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 362; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 2^a edición. Editorial Dykinson. Madrid, 2010, p. 151; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director) / JORGE BARREIRO, A. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 106; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)... Opus cit.*, p. 324; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 514;

³³⁵ Se han pronunciado de forma expresa sobre el carácter esencial del requisito de ser agente de la Autoridad, AUTOR. “7. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director). *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial El Derecho. Madrid, 2011, p. 105; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2^a edición. Valladolid, 2011, p. 174.

“funcionario público”³³⁶, y otras a “agente” o lo que es lo mismo a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.³³⁷

Por su parte, y respecto de este primer punto que se analiza, la jurisprudencia, ha mantenido en los últimos años dos posiciones principales. Por un lado ha venido exigiendo que el sujeto activo fuera Autoridad o agente de la misma³³⁸, y por otro lado, que la persona que alega la eximente posea la condición de Autoridad o funcionario público.³³⁹

³³⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Editorial Comares. Granada, 2013, p. 230. También se refieren a que el sujeto debe ser funcionario público las SSTS 1157/2014, de 18 de junio y la 458/1996, de 24 de mayo, entre otras.

³³⁷ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Art. 20.7º. (Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo)”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal. Tomo 1*. Editorial Bosch. Barcelona, 2007, p. 238; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias*. Editorial La Ley. 4ª edición, Añoover de Tajo (Toledo), 2011, p. 227; JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. VI. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General...Opus cit.*, p. 171; También se refieren al sujeto activo como agente, policía o componente de las FCS, las SSTS 793/2005, de 20 de junio; 26/2005, de 22 de enero; 277/2004, de 5 de marzo; 601/2003, de 25 de abril; 1810/2002, de 5 de noviembre; 1601/2002, de 30 de septiembre; 1633/2001, de 18 de septiembre; 1929/2000, de 15 de diciembre; 1682/2000, de 31 de octubre; 1695/1999, de 1 de diciembre.

³³⁸ En los últimos treinta y cinco años, las resoluciones del Tribunal Supremo que exigen, con respecto a la aplicación de esta eximente, que el sujeto sea Autoridad o agente de la Autoridad son las SSTS 871/1998, de 19 de junio; 670/1998, de 14 de mayo; 1404/1997, de 22 de noviembre; 192/1997, de 14 de febrero; 106/1997, de 31 de enero; 421/1996, de 13 de mayo; 866/1995, de 5 de julio; 1947/1994, de 4 de noviembre; 1715/1994, de 30 de septiembre; 866/1994, de 27 de abril; 42/1994, de 24 de enero; 19/1994, de 17 de enero; 2780/1993, de 3 de diciembre; 1648/1993, de 2 de julio; 30 de junio de 1993; 5 de marzo de 1993; 2184/1992; 662/1992; 20 de abril de 1990 y 20 de octubre de 1980. Entre las citadas, mencionan expresamente el carácter esencial de este requisito las SSTS 192/1997, de 14 de febrero y 1947/1994, de 4 de noviembre.

³³⁹ También desde 1980, las resoluciones del Tribunal Supremo que exigen, con respecto a la aplicación de esta eximente, que el sujeto sea Autoridad o funcionario público son las SSTS 1157/2014, de 17 de junio; 1010/2009, de 27 de octubre; 263/2008, de 20 de mayo; 1262/2006, de 28 de diciembre; 850/2006, de 12 de julio; 17/2003, de 15 de enero; 1715/1994, de 30 de septiembre y 458/1996, de 24 de mayo; Entre ellas, mencionan expresamente el carácter esencial de este requisito las SSTS 1715/1994, de 30 de septiembre y 1262/2006, de 28 de diciembre. También lo menciona expresamente la SAP de Madrid (Sección 16ª), nº 41/2012, de 10 de mayo.

El hecho de que estas condiciones se constituyan en uno de los elementos fundamentales para poder aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber hace que sea imprescindible delimitar en primer lugar el contenido de todos estos conceptos, excluyendo los supuestos no comprendidos en los mismos, y al mismo tiempo también, analizar, si quiera brevemente, si otros sujetos distintos pueden beneficiarse de la aplicación de esta eximente. En segundo lugar se habrá de destacar cuáles son los supuestos que suponen una habilitación legal en el uso de la fuerza policial, o lo que es lo mismo definir la competencia material que legitima el uso de la coacción o fuerza.³⁴⁰

En este sentido QUINTERO OLIVARES ha resaltado *“la importancia que tiene la delimitación del campo de casos en que esta dimensión de la eximente puede desplegar su eficacia; y la elección de ese ejemplo responde a que el cumplimiento del deber nos remite fácilmente al ámbito de las actuaciones de funcionarios, aunque no exclusivamente puesto que, en principio, no hay por qué descartar a otros sujetos que pueden encontrarse en situaciones parecidas.”*³⁴¹

Se trata en definitiva de responder a las preguntas siguientes: ¿quiénes se consideran Autoridad, quiénes agentes de la Autoridad y quiénes funcionarios públicos a estos efectos? ¿Solo es aplicable la figura a los miembros de las FCS? ¿Existen casos de miembros de las FCS que no tengan la consideración de agente de la Autoridad? ¿Para adquirir el carácter de agente de la autoridad basta con ser funcionario público? ¿Puede un funcionario público que no pertenezca a las FCS beneficiarse de esta eximente? ¿Y los particulares? ¿Están excluidos los vigilantes de seguridad u

³⁴⁰ Aunque no es materia de estudio en este trabajo, no hay que olvidar que numerosos preceptos del Código Penal exigen como sujeto activo específico el hecho de ser Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público, como el delito de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP); delitos contra las garantías constitucionales, previstos en el Título XXI, Capítulo V del CP, etc y otros asimismo van dirigidos a su protección como sujetos pasivos del delito, como ocurren en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, previstos en los artículos 550 y 556 CP.

³⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, p. 512.

otro personal de seguridad privada? ¿Y los bomberos, médicos o profesores aun en el caso de no ser funcionarios públicos? ¿Y las Fuerzas Armadas? ¿Está reservado en exclusiva al Estado el hecho de poder recurrir a medios coactivos o la violencia de forma legítima? A todos estos interrogantes trataré de dar respuesta en las páginas siguientes.

a) Delimitación del ámbito de aplicación de la eximente:

En cuanto al concepto de “Autoridad”, disponemos de una definición en el artículo 24.1 del vigente Código Penal que establece que: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

Los estudios doctrinales sobre este asunto están centrados principalmente en la delimitación del concepto de Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público, como elemento del tipo en algunos delitos donde la consideración de Autoridad es especialmente importante como sujeto activo o pasivo del delito como acabamos de citar³⁴² y no así en el ámbito de aplicación de la eximente que se estudia. De la redacción del precepto penal transcrito se deducen las dos notas características del concepto de Autoridad: que ejerza “mando” o que ejerza “jurisdicción”. Con respecto al primer atributo, el “mando” conlleva implícita una idea de coerción, entendida en sentido “jurídico y no físico, de tal forma que mando equivaldría a la potestad de reclamar obediencia”³⁴³ En cuanto a la jurisdicción, la doctrina considera que se

³⁴² ALONSO PÉREZ, F., “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando causa por delito”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1998; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 2001.

³⁴³ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario público y Autoridad a efectos penales”...*Opus cit.*, pp. 167-168. En este mismo sentido, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, en *CPC*, 1985, núm. 27, p. 495; MIR PUIG, C. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona,

trata de la “*potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario*”.³⁴⁴

Además de los cargos que se citan expresamente en el artículo 24.1 CP que hemos reproducido (altos cargos representativos del Estado o la Comunidad autónoma y miembros del Ministerio Fiscal, además de los miembros del Parlamento europeo y autonómico), y sin ánimo de ser exhaustivos, la jurisprudencia ha venido señalando a través de las resoluciones que dicta, qué cargos tienen esta consideración de Autoridad, y así se pueden citar a los Jueces y magistrados (SSTS de 19 de noviembre de 1990, y 15 de febrero de 1986), Ministros (STS de 15 de febrero de 1986), Subdelegados del Gobierno (STS de 15 de febrero de 1986), Decanos del Colegio de Abogados (STS de 9 de julio de 2002), miembros del Gobierno, Notarios, Inspectores de Trabajo y Directores de Centros Penitenciarios (STS de 15 de febrero de 1986) y Delegados de Hacienda (STS de 6 de noviembre de 1984), entre otros.

El segundo apartado del artículo 24.2 CP nos ofrece un concepto de funcionario público que posee una estrecha conexión con el concepto de Autoridad que ya hemos visto. Así, el artículo 24.2 CP establece que “*se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*”

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que el concepto de funcionario público posee un significado diferente según sea definido por el Derecho Administrativo o por el Derecho Penal, siendo una cuestión pacífica que el concepto de funcionario público desde la óptica penal posee un contenido más amplio.³⁴⁵ El artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del

2000, p. 27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoridad y funcionario público a efectos penales”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Director). *Enciclopedia Penal Básica...Opus cit.*, p. 180.

³⁴⁴ Vid. por todos JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario público y Autoridad a efectos penales”...*Opus cit.*, p. 168.

³⁴⁵ Véanse entre otros autores: ORTS BERENGUER, E., “Art. 24”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, p. 273; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. “Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincente.” *Revista la Ley Penal*, nº 58. Marzo, 2009,

Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dispone que tienen la consideración de funcionario público de carrera aquellos que “*en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”. Podemos observar que el significado de funcionario público a efectos penales tal y como se deriva del artículo 24.2 CP transcrito es mucho más amplio que el que opera en el ámbito administrativo³⁴⁶, y su contenido está configurado por dos aspectos relevantes: en primer lugar el título de habilitación o participación, que lo integrarían la disposición inmediata de la ley, la elección o el nombramiento por Autoridad competente, lo que supone una ampliación en la forma de acceder a este título y en segundo lugar, el ejercicio de la función pública incluso como participante de dicha función.³⁴⁷ Con respecto al primero de los requisitos apuntados, MARÍN DE ESPINOSA ha señalado que “*incluso la amplitud del concepto se puede deducir de la expresión empleada en el propio texto penal, al decir: «se considerará funcionario público» en lugar de utilizar «son funcionarios públicos»*”.³⁴⁸ Ambos conceptos, como señalan algunos autores, mantienen una relación de género a especie. La Autoridad sería un tipo de funcionario, cuya nota distintiva sería la de tener mando o ejercer jurisdicción propia.³⁴⁹

p. 44; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario público y Autoridad a efectos penales”... *Opus cit.*, pp. 152 y ss. También pueden verse en este sentido las SSTs 1112/2007, de 10 de diciembre; 663/2005, de 23 de mayo; 1590/2003, de 22 de abril; 2208/1993, de 11 de octubre, entre otras.

³⁴⁶ El artículo 8 del EBEP establece que: “*Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual.*”

³⁴⁷ Expresamente aluden a la consideración como funcionario público de las personas que ejercen funciones públicas las SSTs de 14 de diciembre de 2002, 30 de septiembre de 1992 y 8 de mayo de 1992, entre otras. Para una mayor profundización sobre el concepto penal de funcionario público vid. JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario público y Autoridad a efectos penales”... *Opus cit.*, pp. 145-172.

³⁴⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente”... *Opus cit.*, p. 44. En el mismo sentido la SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 320/2011, de 15 de noviembre, entre otras.

³⁴⁹ En este sentido, GRIMA LIZANDRA, V., “Los delitos de tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes cometidos por funcionario público”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, p. 89; PORTILLA CONTRERAS, G. El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Editorial Edersa. Madrid, 1990, pp. 169 y ss; ALONSO PÉREZ, F., “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando causa por delito”, en

Más importante para el caso que nos ocupa, es la referencia al ejercicio de la función pública que viene regulada en el concepto de funcionario público que contiene el artículo 24.2 del CP. TORRES FERNÁNDEZ define esta función como *“una actividad atribuida a un ente público, el Estado que tiene competencia exclusiva para la Administración de Justicia, art. 149.1.5ª de la CE, y la seguridad pública, art. 149.1.29ª de la CE, que está sometida a Derecho público, puesto que a ese sector del ordenamiento pertenecen las normas que regulan las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, del Ministerio Fiscal, de los miembros del Poder Judicial, así como las normas que regulan el proceso penal y, por último, también cumple el requisito de que persiga una finalidad pública, dado que existe un interés colectivo de la sociedad en que se evite y se persiga la delincuencia.”*³⁵⁰ De forma más sintética se expresa VIVES ANTÓN al definir las diferentes acepciones posibles sobre la función pública: la subjetiva porque está realizada por órganos públicos, la objetiva porque está sometida al régimen de Derecho Público y la teleológica porque sirve al interés público.³⁵¹ Esta función volverá a ser invocada al tratar a los sujetos que, sin ser funcionarios de carrera pueden ejercer dicha función pública, como es el caso del personal de Seguridad Privada tal y como veremos al final de este epígrafe.

La jurisprudencia también ha ido otorgando este carácter de funcionario público a los diputados del Congreso (STS 15-2-1986); Jueces y Oficiales del juzgado (STS 3-5-1983); Auxiliar del Registro de la Propiedad (STS 15-2-1990); empleados de Notarías (STS 28-2-74); arquitecto municipal (STS 20-12-1974); depositarios municipales (STS 31-12-1973); Patrón Mayor de la Cofradía de Pescadores (STS 3-10-1998); médicos y enfermeras de la

Diario La Ley, tomo 1, 1998, pp. 2 y ss; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario y Autoridad a efectos penales.” *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23. Enero 2011, p. 167; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 2001, pp. 3 y ss.

³⁵⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 2001, p. 4.

³⁵¹ VIVES ANTÓN, T.S., “Detenciones ilegales”, en VIVES ANTÓN, T.S. / GIMENO SENDRA., J.V. *La detención: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*. Editorial Bosch. Barcelona, 1977, pp. 51-52.

Seguridad Social (STS 7-4-1981); empleados de concesionarios de servicios públicos (STS 19-12-99), entre otros.

Sin embargo, de mayor importancia para este estudio es el ámbito de aplicación al que se proyecta el concepto de *agente de la Autoridad*, por cuanto no disponemos de un precepto genérico en la Ley que nos lo indique, a diferencia del concepto de *Autoridad* o *funcionario público* del que sí disponemos una referencia en el texto penal como hemos visto. No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que el concepto de agente de la Autoridad queda incluido en el concepto más amplio de funcionario público que sí viene definido en el Código Penal como acabamos de ver. Así lo ha señalado CÓRDOBA RODA al decir que *“la noción de autoridad resulta del art. 24.1 y la de funcionario público del art. 24.2. Los agentes de la autoridad no son definidos por el Código Penal. Por vía de interpretación se entiende que son aquellos funcionarios públicos cuyo cometido es la ejecución de las decisiones de mando emanadas de la autoridad”*.³⁵²

De la lectura del propio concepto de *agente de la Autoridad*, se aprecia una clara subordinación del término *“agente”* al de *“Autoridad”* y por tanto podríamos adelantar que aquél será el sujeto que reciba instrucciones de la Autoridad dentro de las competencias reguladas en la ley. De esta forma también es como se pronuncia la jurisprudencia, y así la STS de 18 de noviembre de 1992, lo define como:

“Los Agentes de la Autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad del Estado (en su caso también las Policías Municipales y Autonómicas).”

Esta primera definición se puede extraer también del significado que le otorgaba el artículo 213 del Código Penal de 1928 que decía: *“Se consideran agentes de la Autoridad no sólo a los funcionarios que con tal carácter*

³⁵² CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7ª”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo 2. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2004, p. 2517.

dependan del Estado, de la provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se expresa el carácter de tal agente.”³⁵³

Respecto de estos conceptos pueden hacerse algunas precisiones. En primer lugar que se hace referencia a que dicho carácter venga otorgado por la persona con competencia para ello, con una clara alusión al concepto de Autoridad, tal y como acabamos de ver. En segundo lugar, que la persona haya sido nombrada por aquélla, con lo que se vincula al concepto de funcionario público tal y como expresamente se menciona en la definición de 1928, y por otra que la misión que desempeñe sea pública (el TS alude al mantenimiento del orden público o la seguridad ciudadana, mientras que la definición del CP de 1928 lo hace a una misión general o determinada de ayuda al Estado, la provincia o el municipio).

Estos significados apuntados, nos marcan el camino a seguir de cómo debemos entender y dónde debemos buscar para identificar a los sujetos que pueden ostentar este título. Dónde buscar está claro; será en el propio ordenamiento jurídico. Pero se destaca de la definición del CP de 1928 que también tendrán la consideración de agentes de la Autoridad, los funcionarios que no pertenezcan a la Administración Pública pero que auxilien o realicen funciones similares a los de éstos por disposición o nombramiento de autoridad. Este último significado que se aproxima al del funcionario público

³⁵³ La doctrina ha definido este concepto al hilo del análisis de los tipos penales referidos al delito de atentado y otras figuras afines, y así, CEREZO MIR, J. ·”Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 173, 1966, pp. 319-372, opina que son agentes de la autoridad “*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.*”. El Tribunal Supremo también ha ofrecido otras definiciones del concepto de agente de la Autoridad y así la STS de 27 de mayo de 1978, que dice que son “*quienes por razón de su cargo están obligados a auxiliar a la autoridad en el ejercicio de sus funciones y a ejecutar y llevar a cabo sus providencias, acuerdos, órdenes o mandatos*”. Por su parte la STS de 5 de octubre de 1974, lo define como “*persona que por disposición inmediata de la ley o nombramiento de autoridad tiene por misión el orden público y mantener la seguridad de las personas y las propiedades.*”

actual³⁵⁴, se diferencia fundamentalmente en que en el precepto de 1928 se habla de funcionarios que no pertenezcan a la Administración Pública al referirse a otras entidades ajenas al Estado, provincia o municipio, es decir, fuera de la órbita del funcionariado perteneciente a las Administraciones públicas, en mi opinión, con una clara referencia a esos otros sujetos que auxilian o ayudan a los funcionarios públicos sin serlo. Hoy podrían considerarse así, por ejemplo, los auxiliares de policía, alguaciles, vigilantes de seguridad, etc., cuestión que analizaremos en las páginas siguientes.

Siguiendo estas pautas de cómo dotar de contenido al concepto de agente de la Autoridad según lo dispuesto en la normativa vigente, debemos citar en primer lugar en artículo 7 LOFCS, que establece que *“en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad.”* Además añade el apartado 2º de este precepto en relación a los miembros de las FCS que *“cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad.”*

Como ya vimos, el artículo 2º de la LOFCS, al determinar el despliegue policial en nuestro país, dispuso que se considerarán Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las pertenecientes al Estado (Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía), los Cuerpos dependientes de la Comunidades Autónomas y los Cuerpos dependientes de las Corporaciones Locales, que además de ser agentes de la autoridad son funcionarios públicos. Este diseño del mapa policial no exigiría mayor comentario a no ser por dos preceptos que en mi opinión suponen una fisura en la forma de acceder a la función policial en el ámbito local. El primero de estos preceptos es el artículo 51 LOFCS, el cual permite, únicamente en los municipios donde no exista Policía Local, que los cometidos de éstos sean asumidos por *“personal que desempeñe funciones de*

³⁵⁴ Previsto en el artículo 9 del EBEP ya citado.

custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos.” El segundo es el artículo 53.3 que analizaremos más tarde.³⁵⁵

El primer precepto citado guarda relación con lo previsto en el apartado 1 de la Disposición transitoria 4ª del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local, que referido a aquéllos municipios donde no exista Cuerpo de Policía Local, la misión de éstos será asumida por el mismo personal citado en el artículo 51 LOFCS, que recibirá el nombre de “*Auxiliares de la Policía Local*”.

Como ya vimos, según establece el artículo 148. 22ª de la Constitución Española, las Comunidades Autónomas tienen competencias en materia coordinación de las policías locales de su territorio, y serán precisamente las diferentes leyes autonómicas de coordinación de la Policía Local, las que desarrollen estos preceptos.

La mayoría de las Comunidades Autónomas que han creado esta figura otorgan el carácter de agente de la Autoridad al personal auxiliar de la Policía Local,³⁵⁶ con diferentes denominaciones,³⁵⁷ En este sentido, es de interés el

³⁵⁵ Para obtener una visión más completa de este asunto y conocer los motivos de dicha regulación por la LOFCS, véase BARCELONA LLOP, J. (Coordinador). *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003. También puede apreciarse la compleja realidad de las Policías Locales tomando como ejemplo la Policía Municipal de Madrid, en RUANO DE LA FUENTE, J.M., “La política local de seguridad en las grandes ciudades. El caso de la transformación de la policía municipal de Madrid”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* nº 139, Vol 1, núm. 2, 2014, pp. 139-157.

³⁵⁶ Así, la Ley 9/2003, de 8 de abril, de coordinación de Policías Locales de Castilla y León (art. 8); Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (art. 34.2); Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Canarias (art. 7); La Ley 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de Policías Locales del Principado de Asturias (art. 23.4); Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 6); Ley 3/1992, de 23 de marzo, de coordinación de las Policías Locales de Galicia (art. 89.2); Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía (art. 6.2); Ley 5/2010, de 14 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de La Rioja (art. 13.5); Ley 5/2000, de 15 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales de Cantabria (art. 5); En el caso de Extremadura, si bien la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura no se expresa en este sentido, si lo hace el Decreto 218/2009, que aprueba el Reglamento con Normas-Marco (art. 93); En cambio, no consta expresamente este carácter en la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña; Ley 4/1998, de 22 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Región de

caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ya que el carácter de agente de la Autoridad no viene regulado por la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura ya citada, sino por el Decreto 218/2009, que aprueba el Reglamento con Normas-Marco, en su artículo 93. Como veremos más adelante, la STS de 25 de octubre de 1991, negó el carácter de agente de la Autoridad a los vigilantes jurados, por cuanto dicho carácter venía establecido en una norma reglamentaria (Real Decreto de 1978), y no en una norma con rango de Ley. Así las cosas, y por analogía, ¿podríamos considerar que los auxiliares de Policía Local de Extremadura no gozan de este carácter y por tanto de esta protección? ¿Debería el Tribunal Supremo aplicar el mismo criterio? A estas cuestiones aludiremos al final del epígrafe.

Murcia y Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales de Navarra. En otras Comunidades Autónomas, como la de Aragón (Disposición Transitoria 2ª de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre) e Illes Balears (Ley 4/2013, de 17 de julio), estas figuras, antes existentes, se han suprimido totalmente. Las ciudades autonómicas de Ceuta y Melilla, aunque disponen de normativa reguladora de esta materia no han creado esta figura por cuanto se trata de una única población que ya cuenta con Cuerpo de Policía Local. Algunas Comunidades Autónomas, como la de Asturias (arts. 23 y ss) y Galicia (arts. 88 y ss), han previsto la posibilidad de crear dos figuras diferentes, una como fuerza auxiliar en los casos previstos tal y como estamos tratando, y otra como refuerzo extraordinario, al margen de los anteriores, en la época estival. Así, en estas dos autonomías pueden convivir en los meses de verano los vigilantes municipales con los auxiliares de policía. Resulta de interés la previsión que hace la Ley 4/1992, de 17 de Julio de Policía del País Vasco, donde se regula también la coordinación de las policías locales, que en su artículo 117 establece que las funciones de carácter estrictamente policial que corresponden a la Policía Local las podrá asumir la Ertzanintza, en vez de estos auxiliares: *“1. En los municipios donde no exista Cuerpo de Policía, las funciones que corresponden al mismo en virtud de lo dispuesto en los párrafos a), b), d), f) e i) del artículo 28.1 serán desempeñadas, sin perjuicio de cualesquiera otras que puedan tener atribuidas, por el personal de la entidad local que realice funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, alguaciles o análogas.2. Las entidades locales podrán solicitar del Departamento de Interior la asistencia de la Ertzaintza en aquellas funciones de naturaleza estrictamente policial que correspondan a los Cuerpos de Policía Local, así como en la ordenación y dirección de tráfico en las travesías urbanas, en los casos en que no dispongan de Cuerpo de Policía o, disponiendo de él, sus efectivos no alcancen a dar cobertura a la totalidad de los servicios de su competencia. En este último supuesto, la colaboración no podrá tener carácter permanente.”* En mi opinión esta es una postura más coherente con la importancia de la función a la que se hace mención.

³⁵⁷ Entre los títulos más utilizados nos encontramos que en las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias y Comunidad Valenciana se refieren a estos agentes como “Auxiliares de Policía”. Por su parte Cantabria (“Agentes Auxiliares de Policía Local”), Extremadura, Galicia y Murcia, les denomina “Auxiliares de Policía Local” y las Comunidades Autónomas de Canarias, Castilla y León, Galicia, Castilla la Mancha, han creado la figura de “Vigilante municipal”.

También resulta interesante la Ley 5/2000, de 15 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales de Cantabria, por cuanto en su artículo 2.4, exige a los “agentes auxiliares de Policía Local” que sean “funcionarios de carrera de los Ayuntamientos respectivos, quedando expresamente prohibida cualquier otra relación de prestación de servicios con la Administración. En particular, se prohíben las contrataciones de naturaleza laboral, cualquiera que fuera el tipo o duración del contrato, así como la relación funcional de carácter interino en el seno de los Cuerpos de Policía Local”.

Según el precepto transcrito queda claro que se exige que el auxiliar de Policía Local tenga la consideración de funcionario público³⁵⁸, pero nada dice del carácter de agente de la autoridad, y en mi opinión no puede entenderse que dicha condición de funcionario de carrera otorgue de forma automática el carácter de agente de la Autoridad. Existen muchos funcionarios públicos que no son agentes de la Autoridad o al menos no de forma genérica, como médicos, profesores, funcionarios de las distintas Administraciones públicas, etc., pero además el hecho de que obtengan este título no se traduce de forma automática en que se entiendan subsumidos en este primer requisito que se está analizando, en aplicación de la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber. Además, la exigencia de obtener el estatus de funcionario público puede entrar en contradicción con la redacción de algunas leyes autonómicas de coordinación de policías locales como por ejemplo, la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Canarias, que en su artículo 7 se refiere a estos auxiliares simplemente como “personal”, sin indicar el tipo de relación laboral que mantiene con la corporación local. En este sentido, y aunque también utiliza este vago término, la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, añade en su artículo 18. Uno que “en todo caso, estarán sujetos al estatuto funcional”. Habría que añadir además, que de la redacción del artículo 51 LOFCS citado no se desprende

³⁵⁸ Este requisito se exige en todas las Comunidades Autónomas, excepto en la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Canarias, que no cita expresamente que estos auxiliares tengan la consideración de funcionario público si bien la Disposición Adicional Primera se refiere a “las plazas” de vigilantes municipales, por lo que se entiende que son funcionarios a efectos penales.

que estos auxiliares de policía local se les considere integrados en la estructura de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino que únicamente las funciones de la Policía Local las asumen unas personas cuya estructura orgánica y funcional ya existe, al estar ya dedicados a funciones de vigilancia y custodia de bienes e instalaciones, y a las que se les va a atribuir este cometido. Así, este colectivo ejercerá funciones públicas referidas a la seguridad ciudadana pero no como miembros pertenecientes a las FCS. Esta es mi opinión, aunque la LOFCS nada dice al respecto y por ello se produce cierta confusión. Sobre este particular y cuando abordemos la misma problemática en relación al Cuerpo de Agentes de Movilidad daremos nuevos argumentos en esta misma dirección.

Otro de los aspectos destacables de la redacción de este artículo 2.4 de la Ley 5/2000, de Coordinación de Policías Locales de Cantabria, es el hecho de que niega la posibilidad de adquirir la condición de agente auxiliar de Policía Local al personal que tenga una relación laboral como contratado y también al personal interino. Considero que se produce aquí una clara intención de vetar la posibilidad de que personal sin una formación previa en materia policial puedan alcanzar a realizar funciones relacionadas con la seguridad ciudadana.

Esto enlaza con otro grupo de personas que de forma extraordinaria pueden compartir funciones con los miembros de las Policías Locales; me refiero a los agentes interinos, que además son un grupo significativo en las plantillas actuales de la Policía Local de la mayoría de los municipios españoles, pese que su creación está prevista con carácter temporal y provisional.

Para tratar esta materia debemos partir de lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 10.1 dice que: *“Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. b) La sustitución transitoria de los titulares. c) La ejecución de programas de carácter*

temporal. d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.”

Añade este precepto que la selección de estos funcionarios se realizará mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y que a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

Además de esto, el artículo 3.2 del EBEP referido, establece que *“los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”* No existe en dicho Estatuto ninguna referencia expresa similar dirigida a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía), o a las policías autonómicas, salvo la previsión contenida en el artículo 4 del mismo texto que establece para los componentes de las FCS en general que *“las disposiciones de este Estatuto solo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica”*. Por tanto, y teniendo en cuenta que tampoco se produce ninguna previsión legal en la normativa específica referida, podemos concluir que estas figuras auxiliares son de imposible creación en el seno de las fuerzas policiales estatales o autonómicas.

Estos funcionarios, al no tener la plaza de policía local en propiedad no podrán portar ni utilizar armas de fuego tal y como ya dijimos sobre este asunto para los propios agentes municipales, por lo que los supuestos de utilización de la violencia se circunscribirán al uso de la fuerza física o la defensa policial.³⁵⁹

³⁵⁹ La regulación de las armas que pueden portar los agentes de la Policía Local se trató en el Capítulo III, epígrafe 3. Respecto de las armas que pueden portar los miembros de las Policías Locales de la Comunitat Valenciana y cómo deben utilizarse, queda establecido en el Decreto 18/1995, de 24 de enero, del Gobierno Valenciano, citando a las armas de fuego cortas, defensa, aerosol defensivo y descargador eléctrico.

Para finalizar, y como ejemplo de este carácter provisionalísimo de los policías locales interinos, podemos mencionar la previsión que hace el Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de las Policías Locales de Extremadura, que en su artículo 11 dispone que: *“1. Las funciones reservadas a los Policías Locales se prestarán en exclusividad por funcionarios de carrera, quedando expresamente prohibida cualquier otra relación de prestación de servicios con la Administración y, en particular, las contrataciones de naturaleza laboral o administrativa y la relación funcional de carácter interino. 2. Únicamente en situaciones de urgente necesidad y previo cumplimiento de las previsiones legales, las Corporaciones Locales podrán convocar, para ser cubiertas en régimen de interinidad, plazas de su Cuerpo de Policía Local, debiendo solicitar y obtener la correspondiente autorización del titular de la Consejería competente en materia de coordinación de Policías Locales conforme al procedimiento habilitado al efecto.”* En el mismo sentido se expresa la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 39, bajo el título *“Provisión temporal y urgente de puestos de trabajo”* establece que: *“Cuando no sea posible la provisión de puestos por causas urgentes y temporales mediante comisión de servicios, podrá procederse, previo informe de la Dirección General competente en materia de Policía y modificación o reflejo presupuestario, al nombramiento interino y por el tiempo indispensable, entre las personas que cumplan la totalidad de los requisitos para acceder al puesto de trabajo de que se trate, y acrediten la capacidad y conocimiento necesarios para prestar un adecuado servicio de seguridad pública mediante la superación de unas pruebas que se determinen reglamentariamente. Estos funcionarios interinos ejercerán funciones prioritariamente en materias de Policía Administrativa, Medio Ambiente y Tráfico y Seguridad Vial.”* Estos preceptos nos pueden informar de algunos aspectos a tener en cuenta sobre la materia que estamos analizando. Por un lado, se prevén estos puestos interinos como último recurso³⁶⁰, ya que en primer lugar se intentarán cubrir con agentes de policía bajo la modalidad de comisiones de servicio. Por otro, y

³⁶⁰ Véase la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 13/2001, de Coordinación de Policías Locales de Andalucía, que no permite que ejerzan funciones en la Policía Local los funcionarios interinos, ofreciendo la opción de acceder a plazas de agentes de dicho Cuerpo.

sin perjuicio de su carácter urgente y temporal, la imposibilidad de portar armas de fuego, y que su dedicación sea a labores administrativas, medio ambiente y de control del tráfico, estos agentes interinos no tendrán competencias en materias de seguridad ciudadana que entran en el marco de competencias propio del agente de policía.

La segunda vía extraordinaria de acceso a la función policial que permite la LOFCS, es la prevista en el artículo 53.3 en el que se prevé que *“en los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b del apartado 1. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local.”* El párrafo b del apartado 1 está referido a las funciones de *“ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación”*, y el Cuerpo de funcionarios al que se refiere es el de Cuerpo de Agentes de Movilidad.

Tomando como ejemplo a Madrid como municipio de gran población, nos encontramos que el Ayuntamiento de esta ciudad aprobó el Reglamento de Agentes de Movilidad con fecha 28 de marzo de 2007, en el que en su artículo 3 dispone que: *“1. El Cuerpo de Agentes de Movilidad, bajo la superior autoridad del titular del Área correspondiente, por delegación del órgano de gobierno municipal, ejercerá, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las funciones de ordenación, señalización y dirección del tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación. Dichos funcionarios no estarán integrados en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, en el ejercicio de sus funciones, tendrán la consideración de agentes de la autoridad subordinados a los miembros del Cuerpo de Policía Municipal. 2. El personal del Cuerpo de Agentes de Movilidad será funcionario de carrera de Administración especial, Servicios Especiales, cometidos especiales, sin perjuicio de la posible relación funcional de carácter interino con el Ayuntamiento.”*

Junto con los denominados Auxiliares de Policía Local, los Agentes de Movilidad constituyen la segunda forma de acceso a la función policial de manera extraordinaria. En este caso además llama la atención que la propia LOFCS se refiera expresamente a que estos últimos no están integrados en las FCS pero sí posean la condición de agentes de la Autoridad, puesto que para el caso de los Auxiliares de Policía Local no se hace referencia a ninguno de los dos aspectos citados y solo se exige que sean funcionarios, aspecto este que tampoco se menciona para los auxiliares aunque *de facto* así sea. Considero que esto se produce de esta forma por cuanto en esta ocasión se trata no de delegar competencias policiales a otros sujetos que ya desempeñan una función similar en cuanto a protección de bienes e instalaciones, sino que se trata de la creación de un nuevo Cuerpo policial, el de Agentes de Movilidad, con una misión específica en materia de tráfico y seguridad vial, y por tanto se detalla su estatus jurídico en la propia LOFCS que autoriza su creación. Estos funcionarios, como ocurría en el caso de auxiliares de policía local, tampoco podrán portar armas de fuego.

Esta materia ha sido poco tratada por la doctrina, aunque algunos autores han señalado que en cualquier caso, a todos estos agentes se les podría aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber independientemente de que tengan su plaza en propiedad, sean interinos, eventuales, sustitutos o funcionarios en prácticas, por cuanto todos ellos están integrados en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y por tanto, y a tenor de lo previsto en el artículo 7.1 LOFCS poseen el carácter de agentes de la Autoridad.³⁶¹ Esta afirmación, a mi juicio requiere de alguna matización. En primer lugar, entiendo que la admisión de ciertas figuras *pseudopoliciales*³⁶², dicho sea sin ninguna connotación negativa, no son asumibles en el ámbito estatal o en el autonómico como se ha visto. Las posibilidades que permite la LOFCS están referidas únicamente al ámbito del municipio, es decir, con respecto a la Policía Local y no caben en el seno de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o las Policías Autonómicas (Ertzaintza, Mossos

³⁶¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, pp. 25-26.

³⁶² Se les denomina “*figuras alternativas a la policía local*”, en BARCELONA LLOP, J. *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico...**Opus cit.*, p. 37.

d'Esquadra y Policía Foral de Navarra). Y ni siquiera en las Unidades Adscritas del Cuerpo Nacional de Policía a la Comunidad Autónoma según previene el artículo 47 de la LOFCS.

En relación a las figuras de Auxiliar de Policía Local, Policía Local interino o Agente de Movilidad, y sin perjuicio de lo dicho sobre su carácter de agente de la Autoridad, sus funciones y su posibilidad de portar algún tipo de armas, pueden surgir algunos supuestos donde estos agentes que ejercen la función pública en el ámbito policial, se vean obligados a ejercer, al menos, cierta coacción, o incluso la fuerza o violencia para cumplir con su cometido.

En el caso de los auxiliares de Policía Local, al asumir las funciones de éstos, lo que también ocurre con los funcionarios interinos de la Policía Local, los casos pueden ser numerosos y ciñéndonos a los supuestos que ya han sido resueltos por la jurisprudencia, podemos poner por ejemplo el supuesto contemplado en la SAP de Barcelona nº 485/2009 (Sección 7ª), de 8 de mayo, donde una vigilante municipal dentro de las funciones que se le habían encomendado referidas a la ordenación del tráfico, fue desobedecida por un conductor ante los requerimientos de ésta. La resolución alude a esta función en los siguientes términos:

“Sostiene la defensa en el primero de los motivos alegados que la vigilante municipal, no tiene la condición de Policía Local y en consecuencia, carece de las atribuciones correspondientes a estos funcionarios, de lo que se desprende la indebida aplicación del artículo 634 del C. Penal , que sanciona las faltas contra el orden público, y, más concretamente los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente cuando ejerzan sus funciones. Con respecto a este alegato, lo cierto es que la figura del Auxiliar de Policía local está reconocida en nuestra legislación de régimen local (apartado a) del número 2 del artículo 172 del Texto Refundido aprobado por R.D.L. 781/1986 de 18 de Abril, sin que, pueda ponerse en duda su condición de funcionario público (artículo 24.2 del C. Penal) y por ende, la posibilidad de ser objeto de un delito de atentado, cuando, hallándose en el ejercicio legítimo de sus funciones, como ocurría en el caso de autos con la vigilante municipal uniformada que tenía encomendada la organización del tráfico y hacer cumplir las prohibiciones de estacionamiento, fue objeto de desobediencia leve a los requerimientos realizados al acusado, y de ahí la configuración como falta del artículo 634 del C. Penal.”

Más interesante para el caso que nos ocupa³⁶³ es la SAP de Almería (Sección 3ª), nº 295/2009, de 23 de septiembre, donde un Vigilante Municipal de la localidad de Fines, al ir a detener a Jorge que se había dado a la fuga, mantiene un forcejeo con éste y recibe diversos golpes, siendo condenado Jorge por un delito de atentado y una falta de lesiones por parte del Juzgado de lo Penal de esta capital. La AP de Almería se pronuncia en los siguientes términos:

“solicita el recurrente Jorge la absolución por el delito de atentado al no concurrir en el sujeto pasivo la condición de agente de la autoridad que exige el art. 500 del CP , ya que se trata de un mero vigilante municipal y no de un policía local y por lo tanto carecía de las atribuciones correspondientes a estos funcionarios. Lo cierto es que la figura del Auxiliar de Policía Local está reconocida en nuestra legislación de régimen local (apartado a) del número 2 del art. 172 del Texto Refundido aprobado por R.D.L. 781/1986, de 18 de abril) sin que pueda ponerse en duda su condición de funcionario público (art. 24.2 del C.P.) y por ende la posibilidad de ser objeto de un delito de atentado, cuando hallándose en el ejercicio legítimo de sus funciones -como ocurría en el caso de autos, quien además vestía su uniforme reglamentario que le identificaba como agente de la autoridad - fueren objeto de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave (art. 550 C.P .). Las demás alegaciones de este último motivo del recurso se orientan a combatir la credibilidad de las declaraciones del funcionario que sufrió la agresión, perfectamente valoradas por la juzgadora de instancia, que gozando de las ventajas de la percepción directa de esta prueba personal, le atribuyó plena credibilidad, no concurriendo por otra parte dato objetivo o razón alguna para ponerlas en duda. En definitiva, la apreciación de la Juez, lejos de ser errónea, está basada en una sólida prueba de cargo de la que se infiere la existencia de la agresión de que fue víctima el vigilante municipal que actuaba en el ejercicio de sus funciones, conducta subsumible en los art. 550 y 551 CP en cuanto constitutiva de un delito de atentado del que, a tenor de lo expuesto es autor el acusado, por lo que los motivos en que se sustenta el recurso han de sucumbir ya que, como acertadamente argumenta la sentencia combatida en su Primer Fundamento jurídico, concurren en la conducta analizada cuantos requisitos integran la acción típica, a saber: 1º) Que el sujeto pasivo de la sea funcionario público, autoridad o agente de la misma; 2º) Que tal sujeto se halle en el ejercicio de sus funciones, o tener su motivación la conducta en tal ejercicio; 3º) Que la acción consista en un acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa y grave; 4º) Que concorra una ánimo de ofender al sujeto pasivo en detrimento del principio de autoridad (STS 3-10-96). No puede desconocerse que el comportamiento del acusado esta impregnado por la intención de menospreciar al agente de la autoridad y a la función que encarna, conociendo perfectamente la condición de la víctima, quien vestía su uniforme reglamentario, circunstancia que, lejos de pasar inadvertida para el ahora recurrente, motivó que tratara de darse a la fuga y, al ser alcanzado, forcejeara

³⁶³ Se ocupan también de resolver supuestos relacionados con los Auxiliares de Policía Local, la SAP de Ourense (Sección 2ª), nº 63/2014, de 20 de febrero; SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 320/2011, de 15 de noviembre; SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 221/2011, de 18 de mayo; SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 27/2010, de 16 de febrero, entre otras.

con él y le golpeará, integrando el elemento de empleo de fuerza que requiere el tipo penal del atentado, con el resultado lesivo que integra la falta del art. 617.1 , a resultas de la agresión inferida, de la que asimismo ha sido declarado autor.”

En este caso, aunque los argumentos van dirigidos en su mayor parte a justificar la condición del vigilante municipal como agente de la Autoridad y por lo tanto como sujeto pasivo del delito de atentado, deja claro que puede otorgársele dicha protección penal precisamente por haber actuado en el ejercicio de sus funciones.

En cambio, la SAP de Zaragoza nº 28/2014 (Sección 1ª), de 24 de marzo, niega este carácter a los auxiliares de Policía Local, y en vez de aplicar una falta de respecto a agente de la Autoridad prevista en el artículo 634 CP (hoy derogada), aplica la falta de vejación injusta contra un particular prevista en el artículo 620 CP (hoy también suprimida), en base a los siguientes argumentos:

“El principio de legalidad exige no solo la tipificación de un hecho como delito o falta, sino también la correcta aplicación del tipo de que se trate. Fijado dicho principio, la protección que el artículo 634 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) otorga lo es a la autoridad y a sus agentes. No siendo posible la extensión, en perjuicio del reo de dicha protección a quienes no ostenta tal condición. Así la cuestión, es el Decreto 222/91 de 17 de Diciembre (LA LEY 4783/1991) de la Diputación General de Aragón, el que en su artículo 8 apartado segundo , atribuye la consideración de Agentes de la Autoridad a los miembros pertenecientes al Cuerpo de Policía Local, y en el ejercicio de sus funciones. Para nada se refiere a los auxiliares de policía local, y es claro que, por el mero hecho de que realicen cometidos atribuidos inicialmente a la policía local -posibilidad que contempla el artículo 11 del texto legal referido -, no supone tal reconocimiento -el de agente de la autoridad- ni de hecho ni de derecho. Por ello entendemos se ha producido una aplicación indebida del artículo 634 del Código Penal (LA LEY 3996/1995). Lo expuesto nos lleva a otra cuestión, la de si es aplicable el artículo 620-2 de igual texto punitivo, pues es obvio que los auxiliares de policía fueron objetos de la conducta expresamente aceptada en el factum, y que supone una clara vejación, cuando tuvieron que soportar la misma cuando no venían obligados a ello. Debemos, sin embargo, llegar a una solución negativa. Habida cuenta que son figuras heterogéneas, y, por tanto, al no haberse formulado calificación alternativa por dicho tipo -el del artículo 620-2 del Código penal – está vedada la condena por tal tipo, salvo que se vulnerara el principio acusatorio.”

Esta resolución se ocupa de una cuestión diferente referida al principio de legalidad. La normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón no había

dispuesto el carácter de agente de la Autoridad a los Auxiliares de Policía Local y por este motivo, no puede aplicarse el tipo penal al faltar uno de los elementos necesarios para ello. La importancia de esta resolución radica, para el estudio que estamos realizando, en que aquí se está valorando si concurren los requisitos exigidos para la protección penal del agente de policía como sujeto de la acción.³⁶⁴ Es en este contexto, donde el carácter de agente de la Autoridad cobra importancia, hasta el punto de no poder beneficiarse de dicha protección por no haberse previsto en la Ley autonómica dicha condición de agente de la Autoridad.

En el caso de los Agentes de movilidad, cuya misión principal es la ordenación, señalización y dirección del tráfico, también pueden plantearse supuestos claros en los que podría aplicarse la eximente. Pensemos en que un agente corta una calle por unas obras y un conductor se muestra persistente en que va a pasar, incluso encarándose contra el agente y negándose en todo momento a identificarse. En estos supuestos pueden plantearse la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, que entiendo que deberá aplicarse. De no ser así, su función no se vería cumplida, y por tanto su existencia podría ponerse en evidencia.

Esto mismo es lo que se desprende también de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales y que están relacionadas con la actuación de estos agentes de movilidad. Así, entre otras³⁶⁵, es de indudable interés la SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 462/2011, de 31 de octubre, referida a un supuesto de un Agente de Movilidad Urbana (AMU) de esta ciudad valenciana, que ante el requerimiento de un vecino de una finca de que había un individuo

³⁶⁴ Vid. una clara delimitación de los sujetos que intervienen en el delito referido, ROIG TORRES, M. *El delito de atentado*. Editorial Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 117-118, que señala que aunque el Tribunal Supremo suele referirse como “*sujetos pasivos del delito*” en los delitos de atentados contra funcionarios concretos, realmente estos delitos tienen un sujeto pasivo de titularidad estatal y por ello deberían denominarse de una forma correcta como sujetos de la acción.

³⁶⁵ También se ocupan de casos relacionados con actuaciones de los Agentes de Movilidad, la SAP de Madrid (Sección 1ª), nº 48/2015, de 5 de febrero; Auto de la AP de Madrid (Sección 6ª), nº 695/2014, de 5 de septiembre; SAP de Madrid (Sección 30ª), nº 463/2014, de 25 de junio; SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 80/2010, de 26 de marzo; SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 271/2013, de 4 de septiembre; SAP de Madrid (Sección 29ª), nº 355/2010, de 2 de diciembre, entre muchas otras.

durmiendo en el interior del portal de la misma, el agente le indicó a éste que saliera de allí y se marchara, a lo que este sujeto respondió insultando, empujando y agrediendo al agente policial. Por estos hechos, el Juzgado de lo Penal de esta capital condenó al agresor por un delito de atentado y una falta de lesiones, que fue recurrida por el condenado alegando falta de competencia del agente al haber actuado fuera de las funciones de regulación del tráfico que le marca la Ley y carecer de la condición de funcionario público y de agente de la Autoridad. La Audiencia Provincial de Castellón analiza de forma extensa cada una de estas alegaciones que desestima con los siguientes argumentos:

a) En relación a si el Agente de Movilidad Urbana puede ser considerado como Agente de la Autoridad, la Sentencia, con cita de numerosa jurisprudencia, lo resuelve de la siguiente manera:

“En la LOFCS 2/86 de 13 de marzo, en su artículo 53, apartado 3 establece: "3. En los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b del apartado 1. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local. Los funcionarios integrantes de los Cuerpos referidos en el párrafo anterior se regirán por las normas contenidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto (LA LEY 1913/1984), de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y las demás normas que se dicten en desarrollo y aplicación de la misma." Por este motivo no admite duda de que el AMU es un funcionario público y en el ejercicio de sus funciones tiene la consideración de agente de la autoridad. A mayor abundamiento, el artículo 5.4 de la mencionada LOFCS 2/86 les exige una obligación de intervenir aunque estuvieren francos de servicio e incluso cuando fueren funcionarios en prácticas porque en virtud del citado artículo se consideran en servicio permanente y en cualquier momento pueden y deben actuar en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana (STS 72/2002 de 21 de enero (LA LEY 3696/2002))(...) “Las siguientes Sentencias han tratado la figura de los llamados Agentes de Movilidad: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 25-11-2010, nº 47/2010, rec. 377/2010 . Pte: Perdices López, Araceli establece: (...) Se expone en el recurso que se reclamó el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que verificaran si el lugar en que se encontraba estacionado el vehículo era una zona de estacionamiento limitado y si la sanción que le estaban imponiendo al apelante era correcta o no, manifestándole los agentes que no se podía aparcar allí, y sobre la base de ello se pretende argumentar que se negaron a prestar auxilio a un particular que estaba intentando defenderse de un posible delito de abuso de autoridad del art. 542 del CP (LA LEY 3996/1995)

EDL1995/16398 por parte de un agente de movilidad, pero desde el momento que por lo antes señalado no se estaba cometiendo el citado delito - ni ningún otro -, ninguna denegación de auxilio con relevancia penal se habría producido, por lo que la pretensión perseguida por el recurrente no puede ser acogida.". En dicha resolución se llega a la consideración que el Agente de Movilidad es Agente de la Autoridad.

Más allá de la consideración de agente de la Autoridad, que por otra parte, ya viene recogida en el artículo 53.3 LOFCS, son interesantes las referencias que hace esta resolución a otros delitos donde poseer dicho carácter es uno de los elementos del tipo, como es el caso del delito de denegación de auxilio previsto en el artículo 412.3 CP o el delito contra el ejercicio de derechos cívicos que prevé el artículo 542 CP. En este sentido, la consideración de agente de la autoridad o funcionario público se convierte en un elemento transversal que afecta a diferentes tipos delictivos y que también debe tenerse en cuenta para la eximente que estamos estudiando.

b) Asimismo, en relación al significado que tiene poseer esta condición de agente de la Autoridad, la resolución dice lo siguiente:

Igual sucede con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 15-1-2010, nº 9/2010, rec. 392/2009 . Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del que dice: "... Es cierto que los agentes de movilidad tienen la consideración de agentes de la autoridad, pero solo en el caso de que estén en el ejercicio de las funciones a las que se refiere el art. 53.1.b de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La protección penal de la autoridad o de la dignidad de la función pública, ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente vinculada, esencialmente, no a la dignidad de las personas que ejercitan la autoridad, sino siempre vinculada a la función pública desarrollada. O dicho de otra manera, el bien jurídico que se protege, es decir, el orden público, no lo constituye la persona que ejerce la autoridad, sino la función pública misma, que se ve entorpecida u obstaculizada cuando, injustificadamente o con ligereza, es atacada o puesta en cuestión la honorabilidad de sus titulares. En una interpretación de la norma conforme a un estado democrático de derecho, no puede entenderse que el bien jurídico protegido sea la persona que ejerce la autoridad, en sí misma, sino siempre el ejercicio de la función pública que dicha autoridad desarrolla, ejercicio que debe verse menoscabado por la acción que se trata de subsumir en el tipo penal. El objeto de la protección es la función pública, no el órgano. Otra interpretación supone una concepción antidemocrática de la autoridad, ajena a la única legitimación de ésta, la función o servicio público que presta a la sociedad. En definitiva, ha de concluirse que la prueba practicada en el acto del juicio oral acredita que los hechos ocurren tal y ...". En parecidos términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid,

sec. 3ª, S 4-12-2006, nº 359/2006, rec. 405/2006 . Pte: García Llamas, Juan Pelayo: (...) Los agentes de movilidad tienen la consideración, en el ámbito de sus funciones, de agentes de la autoridad, dado lo dispuesto en el artículo 53. 3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo (LA LEY 619/1986), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad EDL1986/9720 , apartado introducido por L. O. 19/2003, de 23 de diciembre...". La Sentencia que ahora se recurre en apelación estudia de forma correcta la legislación aplicable al presente supuesto, que se da aquí por reproducida (...).Y como dice el Juzgado de Instancia, a mayor abundamiento, el artículo 5. 4 de la LOFCS 2/86 les exige una obligación de intervenir aunque estuvieren francos de servicio, e incluso cuando fueren funcionarios en prácticas porque en virtud del citado artículo se consideran en servicio permanente y en cualquier momento pueden y deben actuar en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana. La STS 72/2002 de 21 de enero d (LA LEY 3696/2002) dice "...en el presente caso los agentes tenían la obligación de intervenir aunque estuviesen francos de servicio, e incluso fueran funcionarios en prácticas porque conforme al art. 5.4 de la L.O. 2/86 (LA LEY 619/1986) de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado EDL 1986/9720 , se consideran en servicio permanente y en cualquier momento pueden y deben actuar en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana - SSTS de 30 de mayo de 1983 EDJ1983/3222 y 2 de julio de 1984 -. Por todo ello, y concluyendo, en este supuesto el Agente de Movilidad Urbana estaba cumpliendo sus funciones y cometidos establecidos por la Ley y fue requerido para solucionar un problema relacionado con el orden público, y actuó de forma inmediata, obteniendo la respuesta por el condenado que se ha hecho constar en los hechos probado. Dicha conducta claramente infringe el principio de autoridad y menoscaba de forma clara la función pública que en esos momentos estaba realizando el AMU -y en la que continuó el condenado, no olvidemos, cuando posteriormente acuden los Agentes de Policía Local-. Por lo tanto, la calificación penal de los hechos está correctamente realizada y el AMU, como Agente de la Autoridad y Funcionario Público, y que tuvo este incidente con ocasión de la función que realizaba, es merecedor del plus de protección que establece la Ley, y no puede ser dejado desamparado quitándole la protección penal que regula el Código Penal."

En mi opinión, son de mayor importancia estas referencias a la función que desempeñan los agentes que el mero carácter de agente de la Autoridad que puedan poseer. En esta resolución de la AP de Castellón que se está analizando, y aunque sus comentarios van dirigidos hacia la configuración del delito de atentado, se alude en diversas ocasiones a la importancia que tiene la función pública que se está desempeñando por los agentes. Como ya hemos apuntado anteriormente, al tratar de ofrecer el significado de agente de la Autoridad, ambos conceptos, función pública y carácter de agente de la autoridad poseen una estrecha vinculación. En mi opinión, el núcleo esencial de este binomio lo posee la función pública. El agente policial no adquiere el

carácter de agente de la Autoridad y por ello desempeña funciones públicas, sino al contrario; para cumplir estas misiones de defensa del orden público y la seguridad ciudadana con eficacia se le dota de esta condición o estatus.

Igualmente, por la proximidad funcional con los agentes de movilidad locales, y aunque solo sea a mero título enunciativo, hay que decir que el personal contratado laboral por el Ayuntamiento para la realización de tareas como **controladores de zonas de aparcamiento** carecen de la condición de funcionarios públicos y al mismo tiempo carecen del carácter de agentes de la autoridad, tal y como ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.³⁶⁶

Por todo ello, coincido con VICENTA CERVELLÓ en que por más que hayamos descrito la forma en que se articulan estos ayudantes en la función policial, posean el carácter de agente de la Autoridad o no, sean funcionarios públicos o no, se incardinan en la estructura de las FCS o no, tengan la plaza en propiedad o no³⁶⁷, lo cierto es que no puede negarse que los cometidos que

³⁶⁶ Así se han pronunciado las SSTS de 22 de septiembre de 1999, 23 de noviembre de 1993 y 1 de octubre de 1991.

³⁶⁷ En cuanto a los agentes policiales en prácticas, la STS 1157/1994, de 17 de julio, resuelve un asunto protagonizado por un funcionario de la Guardia Civil en prácticas, y dicha condición ni siquiera llega a mencionarse como aspecto a tener en cuenta. En el mismo sentido la STS de 28 de enero de 1993. A este respecto, y a modo de ejemplo, en relación al Cuerpo de la Guardia Civil, la *Resolución 160/38045/2015, de 6 de mayo, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso directo, por el sistema de concurso-oposición, en los centros docentes de formación, para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil*, en su base 11, referida al periodo de formación se prevé que: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 313/2006, de 17 de marzo («Boletín Oficial del Estado» número 75), sobre directrices generales de los planes de estudios de las enseñanzas de formación para el acceso a las Escalas de Suboficiales y de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, y de acuerdo a los planes de estudios recogidos en la Orden PRE/1478/2006, de 5 de mayo («Boletín Oficial del Estado» número 116), que facultan para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias, la enseñanza de formación se completará en dos periodos: a) Primer periodo: De formación en centro docente, con una duración de mil sesenta (1.060) horas. b) Segundo periodo: De prácticas, con una duración de cuarenta (40) semanas. 11.2 Los alumnos que superen el plan de estudios accederán a la Escala de Cabos y Guardias con el empleo de Guardia Civil.” Por su parte, y referida al Cuerpo Nacional de Policía, la *Resolución de 29 de abril de 2015, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía*, también prevé un periodo de prácticas estableciendo en su base 8.2: “Módulo de formación práctica. Quienes superen el curso selectivo realizarán un módulo de formación práctica en el puesto de trabajo que se determine por este centro directivo, necesario para la obtención del nivel de profesionalización requerido para la categoría a la que se aspira a ingresar. En dicho

la Ley les asigna les convierte en sujetos que ejercen la función pública policial y por ello no pueden quedarse fuera ni de la protección que el Código Penal dispensa a los agentes de la Autoridad en cuanto sujetos de la acción del delito, y sobre todo y especialmente, de la protección que la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber les ofrece en las actuaciones que realizan como si de un guardia civil o policía se tratara.

A este respecto hay que mencionar el *Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, en materia de Seguridad Ciudadana y Seguridad Vial*,³⁶⁸ que ha supuesto un incremento en la cantidad y calidad de las funciones que pueden desempeñar los agentes de la Policía Local cuyos Ayuntamientos se hayan suscrito al mismo, y que podría suponer alcanzar el carácter de policía judicial en sentido estricto para este tipo de delitos menos graves y en la actualidad también para los delitos leves.³⁶⁹

Prosiguiendo con la búsqueda de los sujetos que poseen legalmente el carácter de agentes de la Autoridad o funcionario público, nos encontramos que los miembros de las **Fuerzas Armadas**³⁷⁰, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, poseen el carácter de agente de la autoridad si prestan sus

módulo de prácticas se valorarán los siguientes rasgos personales: responsabilidad, dedicación, disciplina, integridad, espíritu de equipo, decisión y corrección, los cuales serán calificados de cero a diez puntos, requiriéndose, como mínimo, una puntuación de cinco puntos en cada uno de ellos para superar las prácticas. Dicho módulo será irreplicable, salvo causa involuntaria, debidamente justificada, que lo impida, apreciada por el Director General de la Policía, y, por tanto, su no superación implica la exclusión definitiva del proceso selectivo.”

³⁶⁸ El texto oficial completo del Convenio se encuentra en la página oficial de la Federación Española de Municipios y Provincias: www.femp.es

³⁶⁹ Tal y como mencionan RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. / ALBACETE CARREÑO, A., “Policía Judicial. Especial referencia a la Policía Local como Policía Judicial”. *Diario La Ley* nº 7983, de 13 diciembre de 2012, pp. 7 y ss, y el propio texto oficial del Convenio, estas funciones consistirán en la recepción de denuncias, y la investigación de delitos menos graves, entre los que se citan “*lesiones que no requieran hospitalización, violencia de género y doméstica, delitos contra las relaciones familiares, quebrantamientos de condena, hurtos, denuncias de recuperación de vehículos, patrimonio histórico municipal...*”, que en caso de detención serán puestos a disposición judicial después de llevar a las FCSE que correspondan para su reseña policial, entre otras muchas facultades.

³⁷⁰ El artículo 8 CE establece que “*Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.*”

servicios como Policía Militar. Esta regulación legal se ha desarrollado a través de la Disposición Adicional Primera del *Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas* y se ha concretado con la *Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueban los medios de identificación que sobre el uniforme deben portar los miembros de las Fuerzas Armadas que tengan carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones*, estableciendo en su artículo 4: “*Funciones con carácter de agente de la autoridad. De acuerdo con el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, y a los efectos de esta orden ministerial, se establecen dos grupos de funciones en los que el personal militar actúa como agente de la autoridad: a) Grupo formado por los militares que desarrollan las misiones descritas en la disposición adicional primera, apartados 1 y 4, del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero.*³⁷¹ *b) Grupo formado por los militares que ejercen funciones de Policía Militar, Naval o Aérea.*”

³⁷¹ El tenor literal de los apartados 1 y 4 de la Disposición Adicional Primera del RD 194/2010, de 26 de febrero citado, es el siguiente: “*Disposición adicional primera. Circunstancias y condiciones de actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad. 1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones cuando intervengan encuadrados en la Unidad Militar de Emergencias, bajo mando o control operativo de ésta, o en otras unidades de las Fuerzas Armadas, en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en las circunstancias que se indican a continuación: a) En los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad en las situaciones: 1.º Que tengan su origen en riesgos naturales, entre ellas inundaciones, avenidas, terremotos, deslizamientos de terreno, grandes nevadas y otros fenómenos meteorológicos adversos de gran magnitud. 2.º Que sean consecuencia de incendios forestales. 3.º Derivadas de riesgos tecnológicos, entre ellos el riesgo químico, el nuclear, el radiológico y el biológico. b) En los supuestos de otras necesidades públicas en intervenciones en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en operaciones de vigilancia y protección o como consecuencia de atentados terroristas u otros actos ilícitos y violentos. Estas intervenciones se producirán en los términos que determine el Gobierno (...)* 4. Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que están atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias”. Por su parte, aunque la condición de agente de la Autoridad para los componentes de la Guardia Civil viene determinada en el artículo 7.1 LOFCS como hemos visto, y en relación a este contexto de FAS el artículo 7.3 LOFCS dispone que “*la Guardia Civil solo tendrá consideración de Fuerza Armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico.*”

A raíz de la normativa citada, y sin ánimo de profundizar en este asunto que se aparta del objeto de este trabajo, se puede concluir que todos los miembros de las Fuerzas Armadas tienen la consideración de funcionarios, y además los miembros de los componentes de la UME y las dotaciones de buques de la Armada, con los requisitos establecidos en la norma reglamentaria, así como los miembros de las Fuerzas Armadas que realicen funciones de Policía Militar, Naval o Aérea, se consideran agentes de la Autoridad. Ello sin perjuicio de la previsión contenida en el artículo 554 CP.³⁷²

También tienen esta consideración a tenor de lo previsto en el apartado q) del artículo 6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por Ley 21/2015, de 20 de julio, al definir a los **agentes forestales**³⁷³ como *“funcionario que ostenta la condición de agente de la autoridad perteneciente a las Administraciones Públicas que, de acuerdo con su propia normativa y con independencia de la denominación corporativa específica, tiene encomendadas, entre otras funciones, las de policía y custodia de los bienes jurídicos de naturaleza forestal y la de policía judicial en sentido genérico tal como establece el apartado 6.º del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*³⁷⁴

Sobre esta redacción es necesario hacer dos puntualizaciones. En primer lugar que los guardas rurales y sus especialidades de guardas de caza y guardapescas marítimos contemplados en el artículo 26 de la Ley 5/2014, de 4

³⁷² El artículo 554 CP vigente establece que: *“1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra miembros de las Fuerzas Armadas que, vistiendo de uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado. 2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios. 3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente: a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieren interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones. b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*

³⁷³ En la actualidad las plazas de estos funcionarios que se van ofertando lo hacen bajo la denominación de agentes medioambientales.

³⁷⁴ El artículo 283 de la LeCrim indica qué personas tienen la consideración de Policía Judicial, entre las que se encuentran los agentes forestales.

de abril, de Seguridad Privada, no están incluidos en esta regulación por cuanto se consideran personal de seguridad privada, asunto que trataremos más adelante. En segundo lugar, entiendo que cabe hacer alguna matización sobre la referencia expresa al artículo 283 Sexto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se regulan los cargos u oficios que se consideran policía judicial³⁷⁵ y donde se cita de manera expresa a los guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

Algunos autores³⁷⁶ consideran derogado este precepto de la LeCrim, por cuanto la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 443 establece que las funciones de Policía Judicial corresponden a las FCS, y por tanto se produce una derogación tácita de este artículo por una norma posterior, y añadiría yo de contenido específico como la Ley Orgánica. En cualquier caso, y para el asunto que nos interesa, la Ley de Montes, modificada en este mismo año 2015, sigue otorgando este carácter de agentes de la Autoridad a los agentes forestales.

Poseen un régimen singular los **funcionarios de prisiones**. Si bien la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, no hace ninguna mención al carácter de agente de la Autoridad de este personal, queda fuera de toda duda su carácter de funcionario público y su habilitación legal para poder utilizar la fuerza en los casos en que dicha norma le permite.³⁷⁷ Así, el artículo 45. 1 de dicha Ley establece que *“solo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente*

³⁷⁵ Entendida en sentido genérico y no en sentido estricto como previene el Capítulo V, artículos 29 a 36 de la LOFCS, reservado para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía), con carácter exclusivo, donde las policías autonómicas y policía local tienen carácter colaborador.

³⁷⁶ Véase OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 516-517, si bien, los argumentos a los que alude este autor van dirigidos a los guardas jurados que también se citan expresamente en el artículo 283 de la LeCrim.

³⁷⁷ Véase la Consulta 3/1986, de 1 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, sobre las competencias en materia de investigación de delitos cometidos en el espacio carcelario por los funcionarios de prisiones. Especial interés posee también el artículo de ARRIBAS LÓPEZ, E. “«Celda 211», la legislación penitenciaria y los funcionarios de prisiones”, en *Diario La Ley*, nº 7324, 20 de enero de 2010, que referido a los errores planteados por una conocida película española hace una sinopsis de las normas aplicables en cuanto al uso de la fuerza por los funcionarios de prisiones.

en los casos siguientes: a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos. b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas. c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.”³⁷⁸

Este ejemplo es exponente claro de la postura que mantengo en este estudio, con respecto a este asunto concreto, y que puede resumirse así: con respecto a la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, más allá del carácter de que disponga el sujeto, lo importante es la habilitación legal para poder realizar determinadas conductas. El carácter de agente de la Autoridad sirve para dotar de “poder” o “autoridad” a los sujetos para hacerse respetar y obedecer, y hacer ver a quien no lo haga que puede cometer un delito.

Así lo entiende también el Tribunal Supremo en la STS 61/1995, de 2 de febrero, que refiere la actuación de un funcionario de prisiones con motivo de

³⁷⁸ El artículo 72 del RD 190/1996, de 15 de febrero, regula los medios correctivos que pueden utilizarse al establecer que “1. Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario. 2. No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del presente Reglamento ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico. 3. La utilización de los medios coercitivos será previamente autorizada por el Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento. 4. Los medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos, y su cuantía y estado se reflejará en libro oficial. 5. En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

una alteración del orden en el interior del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, donde los internos insultaban, abucheaban e incluso arrojaban objetos al personal de la prisión. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los funcionarios de prisiones por un delito al utilizar privaciones indebidas y rigor innecesario en su actuación con los internos, que el Tribunal Supremo atenuó al aplicar la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber, al considerar en su FD 4º que:

“ello determina, que si bien existe el delito expresado, concurre la semieximente 11.ª del art. 8, en relación con el art. 9.1 del Código Penal, que aun en las legítimas actuaciones de las Fuerzas del Orden Público y funcionarios en el ámbito penitenciario, exige la proporcionalidad y veda las extralimitaciones”. Posteriormente añade esta resolución en el FD 9º que “se pretende declarar la adecuación de la conducta a la normativa penitenciaria y cubierta, por ende, por la eximente 11.ª del art. 8 del Código Penal. Entiende que golpear levemente con las manos, empleo de un mínimo de fuerza a un preso que se resiste al traslado no es constitutivo de un rigor innecesario y si existió algún rigor era necesario para salvaguardar la disciplina interna. El motivo debe ser parcialmente acogido. No es preciso repetir una vez más, la alteración del orden producida con la actuación de los internos. La obligatoriedad del mandato del traslado de los reconocidos como responsables dada por el director en funciones del Centro Penitenciario, la situación de desorden, el recuento de los internos con un esfuerzo superior al normal debido al clima de tensión, la situación de excitación y agresividad de los internos, el traslado de éstos a las celdas de aislamiento, oponiendo resistencia en mayor o menor medida, para determinar, que si el empleo de la fuerza, si no legitimó de forma total su utilización en las circunstancias del caso, por la pluralidad de funcionarios encargados del traslado, se convierte en eximente incompleta o semieximente la circunstancia 11.ª del art. 8.º del Código Penal en este hecho. Como ha señalado la doctrina de esta Sala -Sentencias de 9 diciembre 1986 (RJ 1986\7859), 2 julio 1987 (RJ 1987\5150) y 19 abril 1988 (RJ 1988\2821)- es preciso que exista necesidad de empleo de la fuerza, precisando la resistencia por parte de la víctima -Sentencias de 23 febrero y 19 abril 1988 (RJ 1988\1237)-. Ello concurre en este caso, pero ha habido exceso, en este concreto supuesto han golpeado tres funcionarios al interno, el exceso de hematomas y pluralidad de agresores excluye la exención total pretendida. Como señaló la Sentencia de 25 marzo 1992 (RJ 1992\2470), el agente tiene que actuar ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad y el uso de la fuerza debe ser el exclusivamente necesario. Si no fuera precisa la fuerza faltaría el requisito de la necesidad, pero puede suceder que se haya empleado cualquier género que resulte excesiva y es la ausencia de proporcionalidad la que determina la semieximente.”

En este caso de aplicación de la eximente incompleta a funcionarios de prisiones, llama la atención el hecho de que todas las sentencias del Tribunal Supremo que se citan como referentes para el caso que se está analizando son resoluciones que exigen que el sujeto que alega la eximente sea Autoridad o

agente de la Autoridad, y todas ellas están referidas a miembros de las FCS. Obviamente, al funcionario de prisiones, sí es funcionario público, pero no posee ninguna de las dos condiciones citadas. En cambio sí que está habilitado legalmente para ejercer funciones muy similares que pueden encajar en la estructura de justificación de la eximente, tal y como así se hace, llegando a la conclusión de que ha habido un exceso en la proporcionalidad de dicho cometido asignado y por ello se aplica de forma incompleta.

También el Tribunal Supremo y la FGE han concluido que los funcionarios del **Servicio de Vigilancia Aduanera** poseen este carácter de agente de la Autoridad.³⁷⁹ Así, la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, de la FGE, referida al Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial, concluye que *“el SVA constituye una Policía mixta, administrativa y judicial, que en el desempeño de esta segunda función opera como servicio especializado en la averiguación y represión del delito de contrabando y cuyos miembros, a todos los efectos, actúan como Agentes de la Autoridad, auxiliares de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, sin dependencia o sujeción funcional a otros Cuerpos o Fuerzas de Seguridad.”* En este sentido se ha pronunciado también, aunque de forma poco explícita, el Tribunal Supremo que ha señalado en su Sentencia de 4 de noviembre de 1994 que:

“las normas internas de distribución de competencia territorial o por materias entre Cuerpos y Fuerzas encargados de la función de Policía judicial no tienen por qué ser examinadas por las Autoridades judiciales pues la infracción de las mismas no puede tener eficacia alguna respecto de la validez de las correspondientes actuaciones policiales en cuanto medio de investigación del delito en el trámite de instrucción o en cuanto medio de prueba para el juicio oral. La eventual infracción se debe resolver en el ámbito gubernativo o disciplinario, sin proyección alguna para el proceso penal.

Podemos apreciar que, nuevamente, se produce una asociación entre el concepto de agente de la Autoridad con las funciones que se realizan, en este caso como Policía Judicial. Se confirma nuestra hipótesis de que lo que

³⁷⁹ Sobre la evolución legislativa de los componentes del SVA, su no inclusión entre las FCS y su consideración como Policía Judicial véase MARTÍNEZ PÉREZ, R. *Policía Judicial y Constitución*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001, pp. 298-309. La referencia a este personal como agentes de la Autoridad se encuentra en p. 302.

realmente es importante para la aplicación de la eximente no es la condición del agente, sino la función o deber que cumple.

En cuanto a la **Policía portuaria**, sin perjuicio de su condición de funcionario público, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, establece en su artículo 296 que: *“1. Las funciones de policía especial, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuidas a la Autoridad Portuaria por la presente ley, corresponden a su Consejo de Administración. 2. Dichas funciones serán ejercidas, en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía, por el personal de la Autoridad Portuaria, debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto tendrá la consideración de agente de la autoridad de la Administración portuaria en el ejercicio de las potestades públicas recogidas en la presente ley, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*³⁸⁰

En cuanto a los **médicos**³⁸¹, **bomberos**³⁸² y **personal docente**³⁸³, pese a que su regulación específica no contempla esta condición de agentes de la Autoridad³⁸⁴, algunas resoluciones del Tribunal Supremo ya les venía

³⁸⁰ La previsión contenida en la anterior Ley Orgánica 1/1992, de PSC, viene ahora recogida en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, al establecer que *“asimismo, esta Ley se aplicará sin menoscabo de los regímenes legales que regulan ámbitos concretos de la seguridad pública, como la seguridad aérea, marítima, ferroviaria, vial o en los transportes, quedando, en todo caso, salvaguardadas las disposiciones referentes a la defensa nacional y la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio.”* Esta policía administrativa tiene un especial deber de colaborar con las FCS a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la LOPSC.

³⁸¹ Para una mayor profundidad sobre los criterios utilizados con respecto a los médicos véase NISTAL BURÓN, J., “Las agresiones al personal sanitario como delito de atentado. Criterios jurisprudenciales”. *Diario La Ley*, nº 7004, 2008. Vid., en este sentido, entre otras, las SSTS de 4 de diciembre de 2001, 7 de noviembre de 2001 y 20 de mayo de 1993, donde se otorga esta condición a los médicos.

³⁸² Véase en este sentido la STS 1030/2007, de 4 de diciembre.

³⁸³ Vid. la STS de 26 de febrero de 1991. Asimismo vid. Consulta 2/2008 de la FGE sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionario público en los ámbitos sanitario y educativo.

³⁸⁴ Sí lo han hecho algunas normas como la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía (artículo 38.2) y Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre,

otorgando este carácter, siempre que estuvieran realizando un ejercicio efectivo de sus funciones. En este sentido, hay que mencionar la reciente modificación de los artículos 550, 554 ya visto y 556 del Código Penal por LO 1/2015 de 30 de marzo, que ha introducido una extensión en el ámbito de los sujetos de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia.³⁸⁵ Estos preceptos penales no les otorga el carácter de agente de la Autoridad, pero sí idéntica protección penal como si lo fueren.³⁸⁶ En este punto es interesante resaltar que las diferentes resoluciones del Alto Tribunal consideran a médicos y docentes, como agentes de la Autoridad, independientemente de que sean funcionarios públicos o no, si bien la protección penal que ostentan con la nueva redacción del Código Penal se refiere a funcionarios dejando fuera a médicos y profesores en el ámbito privado. En este sentido, la reforma del Código Penal a la que acabamos de aludir, se refiere al “*personal de los equipos de socorro*”, sin ninguna mención a su carácter público. Estas pistas son las que nos harán concluir que carecer de la condición de funcionario

por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid (artículo 11.1), que otorgan este carácter de agentes de la Autoridad al personal dedicado a la extinción de incendios.

³⁸⁵ El artículo 550.1 CP se incluye a los profesores como sujeto pasivo del delito de atentado al determinar en su párrafo segundo que: “*En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas*”. Se destaca de esta redacción la expresión “funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”, que sin duda se hallan vinculadas con la exigencia de obrar en el cumplimiento de un deber que estamos analizando en este trabajo. El artículo 554 CP ya citado, establece que: “*1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembros de las Fuerzas Armadas que, vistiendo de uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado. 2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios. 3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente: a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieren interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones. b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*” Por su parte el artículo 556 se refiere a la desobediencia y resistencia a la Autoridad, sus agentes o al personal de seguridad privada con los mismos requisitos que lo hace en el artículo 554.3, apartado b.

³⁸⁶ Equiparación que ha recibido críticas entre algunos autores como CUERDA ARNAU, M.L. “Atentados y resistencia (arts. 550 y ss)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2015, pp. 1289 y ss.

público tampoco es óbice para poder aplicar la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber.

Considero que los bomberos, médicos, y personal docente, y al margen de que estos dos últimos posean la condición añadida de funcionario público o no, pueden acogerse a la exigente estudiada, por cuanto en la mayoría de sus actuaciones se podrían aplicar los requisitos exigidos para ello. En este sentido habrá que estar a lo dispuesto en los reglamentos del Cuerpo de bomberos correspondiente, donde se definirán las funciones de sus componentes en la lucha contra el fuego y servicios humanitarios y de donde pueden derivarse situaciones del uso de la fuerza que lesionen derechos fundamentales. Del mismo modo los médicos están obligados a tratar de salvaguardar el derecho a la vida de sus pacientes (artículo 15 CE), y los profesores a garantizar la educación de los alumnos (artículo 27 CE).

Así, puede citarse el contenido de la STS de 26 de febrero de 1991 referida a la agresión a un catedrático de anatomía de una Facultad de Medicina, en la que el TS estimó el delito de atentado en base a los siguientes argumentos:

“que ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal y con la Ley General de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasiones de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado”.

Y para finalizar³⁸⁷, merece una mención especial para el análisis de esta cuestión, el personal de **Seguridad Privada**, por la estrecha relación que existe entre la seguridad pública y la seguridad privada, y porque este personal, a tenor de la normativa actual, ni son funcionarios públicos ni poseen el carácter de agentes de la Autoridad, configurándose así en un caso singular.

³⁸⁷ Bajo los mismos parámetros, podríamos también analizar al personal de Protección Civil, CNI, o los componentes del Cuerpo de Auxilio Judicial que en virtud del artículo 478, apartado c) de la LOPJ, tienen como misión “actuar como Policía Judicial con el carácter de agente de la autoridad, sin perjuicio de las funciones que, en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, competen a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

Como ya vimos en su momento, la seguridad pública es competencia del Estado tal y como proclama el artículo 149.29ª de la Constitución Española y recuerda también el artículo 1 de la LOFCS. No obstante, como no podría ser de otra forma, existe una estrecha vinculación de ésta con la seguridad privada, puesto que al fin y al cabo, ambas están dirigidas a proporcionar paz y tranquilidad a los ciudadanos. Y aunque los fines de la seguridad privada se hayan establecido como complemento al monopolio de la seguridad pública, es evidente que entre los colectivos humanos que participan en su mantenimiento, se producen colaboraciones y contactos constantes, por otra parte fundamentales para su consecución y que las propias normas reguladoras de una y otra han establecido.³⁸⁸

Esta íntima conexión puede apreciarse en la propia LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que en su artículo 7.3 dice que *“3. Las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de seguridad privada”* y también se extrae de la redacción de la propia Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que en su artículo 4, establece: *“La seguridad privada tiene como fines: b) Contribuir a garantizar la seguridad pública, a prevenir infracciones y a aportar información a los procedimientos relacionados con sus actuaciones e investigaciones. c) Complementar el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, integrando funcionalmente sus medios y capacidades como un recurso externo de la seguridad pública.”*

Los artículos 4, 7 y 18, del Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo de 1978, modificado por RD 738/1983, de 23 de febrero, atribuía a los vigilantes jurados el carácter de agentes de la autoridad siempre que estuvieran en el ejercicio del cargo y vistieran de uniforme, hecho que se venía recogiendo en

³⁸⁸ Sobre las funciones de Policía Judicial que pueden asumir el personal de Seguridad Privada, véase MARTÍNEZ PÉREZ, R. *Policía Judicial y Constitución*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001, pp. 290-298.

las diferentes resoluciones del Tribunal Supremo al resolver asuntos relacionados con los vigilantes o guardas jurados en el cumplimiento de su deber. Este criterio es el que sigue la STS de 18 de diciembre de 1990, que refiriéndose a un vigilante jurado que prestaba servicio en el interior de un mercado de Sevilla, aprecia esta condición al decir que:

“los agentes de la Autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de la Autoridad competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, y si bien el primer cometido está reservado a los Cuerpos de Seguridad del estado, en la protección de las personas y de las propiedades, y en la investigación delictiva, en este caso como miembros auxiliares de la Policía Judicial (artículo 283.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se ha admitido la concurrencia de otros agentes armados, los llamados Vigilantes Jurados de Seguridad, cuyo nombramiento y funciones están reguladas por el Decreto de 10 de marzo de 1978, que les reconoce la calidad de agentes de la Autoridad cuando se hallaren en el ejercicio del cargo y vistan el uniforme (artículos 4º, 7º y 18)”.

Como podemos apreciar, el Tribunal Supremo alude a la función de Policía Judicial que expresamente se atribuye a los Vigilantes Jurados en el artículo 283.6º LeCrim, y que posteriormente analizaremos.

Del mismo modo, la STS 543/1992, de 5 de marzo, se ocupa de un caso referido a un vigilante jurado que lesiona con su defensa a unos jóvenes que pretendían entrar en una discoteca de donde habían sido expulsados. El Tribunal Supremo valora en esta resolución si ha existido o no extralimitación en el uso de la fuerza dando por hecho su carácter de agente de la autoridad y al mismo tiempo la posible aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, citando otras resoluciones sobre dicha causa de justificación, como así queda recogido en el FD que dice que:

“no se deduce ninguna actitud ni violenta, ni agresiva por parte de los jóvenes. No existe la necesaria proporción o equilibrio entre la actitud de aquéllos, sino por el contrario una total ausencia de necesidad del medio empleado y la contundencia con que lo fue. La aplicación de la pretendida eximente exige, según la doctrina reiterada de esta Sala un ejercicio legítimo, esto es que se adecue y contraiga a las normas que limitan su uso [SS. 20-9-1985 (RJ 1985\4428)], que los medios empleados sean idóneos para el cumplimiento de la función atendidas las circunstancias concurrentes [S. 5-7-1985 (RJ 1985\3960)], y al no existir necesidad abstracta ni completa del empleo de la violencia no puede apreciarse la eximente ni en su forma completa, ni en la de

semieximente [SS. 9-12-1986 (RJ 1986\7859), 2-7-1987 (RJ 1987\5150) y 19-4-1989 (RJ 1989\4768)], exigiéndose en todo caso resistencia en la víctima [SS. 23 febrero y 19 abril 1988 (RJ 1988\1237 y RJ 1988\2821)]. Ni la conducta de los lesionados, limitándose a pretender entrar en nuevo en el local, sin que conste agresión o violencia alguna, ni el adecuado ejercicio de sus funciones requerían esa destemplada y violenta reacción, impropia de un vigilante jurado.”

Para la aplicación de la eximente se valora principalmente la actitud que habían mostrado estas personas hacia el vigilante y la fuerza empleada, considerando que ésta no era necesaria. Obviamente si no es necesaria la fuerza ya no cabe hablar del grado en que la podemos utilizar. Como veremos en los epígrafes siguientes estos mismos razonamientos son los que se utilizan por la jurisprudencia al resolver los supuestos de utilización de la fuerza por las FCS.

Esta situación cambió con la STS de 25 de octubre de 1991³⁸⁹, que negó este carácter de agente de la Autoridad a estos vigilantes jurados, al entender el Tribunal Supremo, como señala CERVELLÓ DONDERIS, que *“el rango de Decreto que tenía la norma que les atribuía tal carácter no podía ser tenida en cuenta por aplicación del principio de reserva de ley, y por ello no podía extenderse la protección penal a los funcionarios públicos por vía reglamentaria”*.³⁹⁰

Este asunto quedó zanjado con la aprobación de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, que les negó todo carácter de agentes de la Autoridad, sin perjuicio, tal y como señala CUERDA ARNAU, de que se siguiera aplicando el delito atenuado previsto en el anterior artículo 555 CP³⁹¹, en relación con los

³⁸⁹ Si bien esta postura se inició con la STS de 29 de octubre de 1979 que señalaba, como se menciona en la Consulta 3/1993 de la FGE que si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de agentes de la autoridad. En el mismo sentido de negarles dicho carácter se pronuncia la STS de 6 de mayo de 1992.

³⁹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, p. 27

³⁹¹ El artículo 555 CP, antes de su supresión por LO 1/2015, de 30 de marzo, establecía que *“las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios”*, donde se integraban los supuestos de actuaciones del personal de Seguridad Privada.

artículos 14 de la Ley de Seguridad Privada de 1992 y el 4.2 de la LOFCS³⁹², por el auxilio y colaboración que se prestaba por aquéllos a estos últimos.³⁹³ En este mismo sentido la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/93 de 20 de octubre, menciona que *“aunque no quepa calificar de públicas sus funciones propias, en el ejercicio de las otras funciones de auxilio y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los vigilantes, dentro o fuera de los edificios, son titulares de la singular protección penal de que gozan los agentes de la autoridad y funcionarios públicos.”*

A partir de la entrada en vigor de esta Ley 23/92 de SP, la jurisprudencia mantiene este criterio y también les niega tal carácter de agentes de la Autoridad, como puede apreciarse por ejemplo en la STS de 18 de noviembre de 1992, en la que se dice lo siguiente:

“El quinto motivo, apoyado por el MF, trae a la casación el problema de si los Vigilantes Jurados de Seguridad son o no Agentes de la Autoridad, cuestión básica en estos momentos porque, por lo demás, no sería discutible la existencia de un verdadero acometimiento por parte del acusado en cuanto a quienes, con el uniforme reglamentario, desempeñaban las funciones inherentes a la Autoridad, con objeto de mantener el orden, la seguridad, la paz y la convivencia. Los Agentes de la Autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad del Estado (en su caso también las Policías Municipales y Autonómicas). La S 18 Dic. 1990, en representación de la postura tradicional, atribuye también la defensa y protección de las personas y de las propiedades, en el entorno de la investigación delictiva, a los Vigilantes Jurados de Seguridad, aun cuando no sea sino como auxiliares de la Policía Judicial (por eso el art. 283.6 de la Ley procedimental habla de «jurados o confirmados por

³⁹² El artículo 1.4 de la Ley 23/1992, de SP establecía que *“las empresas y el personal de seguridad privada tendrán obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados”*. La vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada contiene esta misma previsión en el artículo 8.3. Asimismo, el artículo 4.2 de la LOFCS dice: *“Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*

³⁹³ CUERDA ARNAU, M.L., “Atentados y resistencia (arts. 550 y ss)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2015, p. 1299.

la Administración»). En esa línea, se atribuye a los mismos el carácter y calidad de verdaderos Agentes de la Autoridad cuando estén en el ejercicio del cargo y vistan el uniforme, según se desprende de los arts. 4, 7 y 18 D 10 Mar. 1978 que regulaba los nombramientos, funciones, actuación y contenido de tales Vigilantes. Mas, por el contrario, la corriente jurisprudencial más reciente considera que el rango de Decreto que tiene la norma que atribuye el indicado carácter impide que pueda ser tenida en cuenta. Se trata, en esa segunda postura, de aplicar el principio de reserva de Ley. El Poder Legislativo puede decidir la extensión de la seguridad privada, pero si por las razones que fuere no lo hace así, lo que no se puede es suplir tal omisión a través de actividad reglamentaria de la Administración (SS 25 Oct. 1991 y 6 May. 1992), criterio iniciado por el propio TC cuando en la S 29 Oct. 1979 afirmábase que «si los Vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada, no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de Agentes de la Autoridad». Las razones que limitan el poder reglamentario de la Administración mediante la reserva de Ley, deducido del art. 25.1 CE, obstaculizan en general que aquélla adopte medidas que en lo esencial no hayan sido decididas por el Parlamento. A mayor abundamiento, la L 30 Jul. 1992, sobre Seguridad Privada, estudia y analiza los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto de la seguridad pública, competencia ésta exclusiva, y así ha sido dicho antes, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 149.1, 2 y 9 y 104 CE). En esa norma las actividades de vigilancia y seguridad de personas o bienes se realizarán por los Vigilantes de Seguridad, Jefes de Seguridad, Escoltas Privados, Guardas Particulares y Detectives Privados fuera de toda consideración como Agentes Públicos de la Autoridad. Son auxiliares de aquellas Fuerzas y han de prestarles colaboración y seguir sus instrucciones. Normalmente, y por lo que a los Vigilantes se refiere, esas funciones se ejercen exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieren encargados, nunca en las vías públicas. Quiere decirse que no hay Ley que atribuya a los Vigilantes la condición, ahora debatida, de Agentes de la Autoridad”.³⁹⁴

En cambio, y refiriéndonos ya a supuestos en los que podría aplicarse la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, varias resoluciones han considerado que sí se les puede aplicar esta eximente bajo criterios idénticos a los de las FCS. En este sentido, y como ejemplo representativo en este punto, se puede citar la STS 850/2006, de 12 de julio, referida a un vigilante de seguridad que, en auxilio de un componente del Cuerpo Nacional de Policía que estaba siendo agredido en el exterior de un campo de fútbol, golpeó a uno de los agresores causándole lesiones. El Tribunal Supremo aunque no se pronuncia acerca del carácter o no de agente de la autoridad del vigilante de seguridad, alude de forma expresa a la inclusión del vigilante en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, al igual que en apartados anteriores

³⁹⁴ En el mismo sentido se pronuncias las SSTS de 7 de abril de 1993 y 6 de mayo de 1992.

hace para el policía, absolviendo del delito de lesiones por el que había sido condenado por la Audiencia Provincial de Cuenca, en el sentido siguiente:

“La Ley 23/1992, de 30 de julio (RCL 1992, 1740) , de Seguridad Privada – puntualmente modificada por el Real Decreto-ley 2/1999, de 29 de enero (RCL 1999, 270) , por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (RCL 2000, 3029 y RCL 2001, 1566) , y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , y desarrollada reglamentariamente por los RR. DD. núm. 2.364/1994 (RCL 1995, 65, 194) y núm. 2.487/1998 (RCL 1998, 2815) – vino a regular la situación de los servicios privados que, siendo una realidad en nuestro entorno desde el año 1974, han venido actuando como complemento de la seguridad pública, materia en principio atribuida en régimen de monopolio a los sistemas públicos por la Constitución. Por tal razón, estas empresas privadas desempeñan sus funciones de forma subordinada respecto de las fuerzas de orden público. La Ley 23/92 dedica específicamente a la figura de los vigilantes de seguridad la Sección Segunda del Capítulo Tercero, detallando entre sus competencias –artículo 11, apartados a) y c)– las de «ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos» y de «evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección». Para el legítimo desempeño de sus funciones, es igualmente exigible, según preceptúa el artículo 12, que los vigilantes se encuentren integrados en empresas de seguridad, que vistan el oportuno uniforme identificador y que ostenten el distintivo del cargo que ocupen, debidamente aprobado por el Ministerio del Interior y en todo caso diferente y no confundible con los habitualmente empleados por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Como lógica consecuencia de todo ello, hemos de entender que estas funciones de seguridad, legalmente conferidas a los vigilantes privados, hacen posible extender los efectos de la causa de justificación por cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un oficio o cargo cuando concurren estos presupuestos y los estudiados en el fundamento precedente. Por su parte, el artículo 1 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por RD 2.364/1994, de 9 de diciembre, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 23/1992, regula las actividades que podrán prestar las empresas de seguridad, entre las que se comprenden las de «vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones» (letra a). Como destaca el recurrente, el artículo 1.4 de la Ley 23/1992, desarrollado por el artículo 66 del Reglamento, confiere a estas empresas y a su personal la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, y en particular respecto de los vigilantes de seguridad dispone el artículo 77.1.a) del RD que les corresponde «ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos», debiendo seguir las instrucciones que les impartan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como colaborando con las mismas dentro de los locales o establecimientos en que presten sus servicios en cualquier situación en que sea preciso para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana (artículo 77.2 del R. D).”

Puede apreciarse que en esta resolución se aplica al Vigilante de Seguridad los mismos requisitos que se exigen para los agentes policiales, y

que aquí estamos analizando. El Tribunal Supremo, sin mencionar si el vigilante posee o no el carácter de agente de la Autoridad, cita las normas legales que definen sus funciones (artículos 5, 11 y 12) y a la vista de ellas, y aunque sea de forma genérica, resuelve que se les puede aplicar la eximente de la misma manera que a los miembros de las FCS. Por tanto, en esta resolución se confirman varios aspectos que venimos defendiendo. En primer lugar que el punto de partida para aplicar la eximente es el principio de habilitación legal; en segundo lugar la mayor concreción posible de dichos supuestos para configurar la función que se permite desempeñar y que puede entrañar la utilización de la fuerza; y en tercer lugar que el carácter de agente de la autoridad no es el eje fundamental para la aplicación del cumplimiento de un deber como eximente.³⁹⁵

³⁹⁵ En el mismo sentido la STS 380/1995, de 17 de marzo, que se pronuncia sobre un caso ocurrido en un club de carretera de la provincia de Jaén, donde el vigilante jurado del local, debía expulsar a dos hermanos que se encontraban en estado ebrio y causando desorden en el establecimiento, los cuales se negaban a ello. El vigilante jurado tuvo que emplear la fuerza para efectuar el desalojo de estas dos personas, golpeando con su defensa en la boca a uno de los hermanos, lo que le causó la pérdida de algunos dientes, y forcejeando con el segundo, causándole también lesiones de carácter leve. La AP de Jaén condenó al vigilante jurado por un delito de lesiones aplicando la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber, al entender que la utilización de la defensa había sido desproporcionada. El Ministerio Fiscal recurre la Sentencia al entender que *“al tratarse de un vigilante jurado de una empresa privada no podía haber uso en su misión de la fuerza para imponer el orden. Y así no sería invocable el ejercicio legítimo profesional a estos efectos.”* En sentido contrario, el Tribunal Supremo confirma dicha resolución con los siguientes argumentos: *“La circunstancia número 11 del artículo 8 exige para tales casos como requisitos: a) que la actuación del sujeto sea propia de su función; b) que esta función sea lícita y la ejerza con los requisitos legales y reglamentarios; c) necesidad de cumplir deberes propios de su función; d) además para acudir a las vías de hecho, que se le plantee al sujeto activo una situación de violencia; y, e) que los medios empleados sean racionalmente proporcionados. A ello hay que añadir obviamente que el sujeto actúe en un ámbito privado propio de su función, cuando se trate, como en este caso, no de un agente de las fuerzas públicas sino de un vigilante al servicio particular. El Ministerio Fiscal y el Magistrado discrepante hacen especial hincapié en esto último, pero no puede olvidarse que el hecho desarrolló toda su secuencia dentro de un local de propiedad particular donde naturalmente existe un condicionamiento del derecho de admisión y, en él implícito, el de cortar el suministro de bebidas al cliente que manifiestamente se ha excedido en su consumo, reflejándolo en su comportamiento. La existencia y actuación en el ámbito particular de los vigilantes jurados estaba consagrada por la ley. No hay suplantación de una función pública policial. Por ello no son aplicables al caso sentencias sobre supuestos ocurridos en la calle, ni en que no hubo actitud agresiva, rebelde ni de resistencia. La reserva absoluta de intervención de fuerza*

Tampoco ha considerado al personal de seguridad privada como agente de la Autoridad, la vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, aunque en su artículo 31, referido a la *protección jurídica de agente de la autoridad, establece que “se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”* Este precepto guarda relación con los artículos 554 y 556 ya citados al analizar el caso de los bomberos y personal docente y sanitario, que posee idéntica redacción, al objeto de ofrecer protección penal como posibles sujetos pasivos del delito al personal de seguridad privada. En este caso han recibido idénticas críticas por CUERDA ARNAU, y así esta autora opina que la situación que se había creado con la nueva Ley de Seguridad Privada de 1992, que negaba tal carácter *“era más que suficiente no había razón alguna para romper con una tradición consolidada, Salvo, claro está, que el objetivo fuera imponer un modelo privado de seguridad ciudadana, que es, en el fondo, a lo*

pública queda aquí relativizada al ser dentro de local propiedad particular, en las afueras, de la población, de madrugada, con personas muy bebidas y conflictivas, como consta en los hechos probados, y que llegaron a originar lesiones aunque leves. La persuasión fue ineficaz y la Policía fue avisada (según recoge expresamente el «factum» del voto particular, aun siendo desfavorable al acusado). En la fecha de los hechos aún estaba vigente el D. 10 marzo 1978 (RCL 1978\721 y ApNDL 14020) y conforme al mismo, en el nombramiento de los vigilantes jurados intervenía la Autoridad gubernativa; el artículo 18 les concedía carácter de Agentes de la Autoridad en el ejercicio de las funciones de su cargo. Así hubo justificación para que el vigilante fuera requerido para llevar a cabo la expulsión. Los requisitos enumerados concurrían salvo, como ha estimado la sentencia, el de la proporcionalidad en la aplicación de la defensa al lesionado dental. La «defensa» de goma en sí es un medio homologado y reglamentario de defensa (valga la redundancia con su nombre, que es muy significativo) y está seleccionada por sus efectos contundentes atenuados. El exceso no está en esgrimirla frente a los dos conflictivos clientes, con sus frenos inhibitorios debilitados por el alcohol, sino por el lugar en que se aplicó (la cara, la boca) y por la fuerza del golpe. Así la calificación de la circunstancia hecha por la sentencia es adecuada a la base fáctica y ajustada a derecho. No hay por qué acudir a circunstancias analógicas, simple o cualificada cuando encaja perfectamente en el supuesto del número 11 del artículo 8.º con la sola falta de algún requisito, que es lo que la deriva al número 1.º del 9.º del Código Penal. El correspondiente fundamento jurídico aunque escueto es motivación suficiente. Por lo expuesto, procede confirmar el criterio del Tribunal de instancia y desestimar el recurso.”

que ésta y otras reformas conducen³⁹⁶ Al contrario, opino que sí había razones para la reforma y considero muy positiva esta reforma penal en consonancia con la redacción de la nueva Ley de Seguridad Privada que, como luego mencionaremos, ofrece instrumentos más precisos y con mayor protección para el personal de seguridad privada si la comparamos con su predecesora.³⁹⁷ Bajo mi punto de vista, la situación creada con la LSP de 1992 dejaba sin instrumentos legales de actuación a este colectivo y de esta forma se ha logrado encontrar un punto de encuentro entre las funciones que deben realizar y la forma de llevarlas a cabo. Se había criticado mucho por parte de este sector el olvido que estaba sufriendo el personal de seguridad privada que por un lado disponía de ciertas funciones otorgadas por la Ley y sin embargo no disponía de instrumentos efectivos para cumplirlas. Pensemos por ejemplo en casos donde el vigilante de seguridad debe inspeccionar objetos personales para comprobar si portan algún tipo de instrumento peligroso o bien cuando solicitan la identificación para sancionar una infracción administrativa y en ambos casos el ciudadano se niega a ello. Aunque considero también que estas funciones pueden invadir la esfera de competencias en materia pública, lo cierto es que se les ha otorgado por Ley y con la reforma penal lo que se ha hecho es dotarles del citado carácter de agentes de la Autoridad, no de forma permanente, sino solo en supuestos tasados (en colaboración y bajo el mando de FCS), y asimismo, con la reforma de la LSP se han establecido de forma clara los cometidos asignados. Aunque en este punto se habrá de perfilar cómo debe interpretarse dicha colaboración bajo el mando de FCS, considero que únicamente será posible en situaciones donde las actuaciones se estén realizando de forma conjunta o bien por requerimiento expreso de los miembros de FCS dentro del marco competencial de los vigilantes de

³⁹⁶ CUERDA ARNAU, M.L., “Atentados y resistencia (arts. 550 y ss)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2015, p. 1299.

³⁹⁷ A modo de ejemplo y en relación a uno de los supuestos más relevantes en el ámbito de actuación de este colectivo referido a la privación de libertad de personas que hubieran cometido un ilícito penal, la Ley 23/1992, de 19 de julio, de Seguridad Privada, se refería en el artículo 11 d) a “poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes”, mientras que la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, ya utiliza en el artículo 32.1 d) el término “detener”. De esta forma se ha huido de la ambigüedad y poca claridad del precepto anterior.

seguridad. Como ejemplo de actuación conjunta podrían citarse las actuaciones en aeropuertos donde los vigilantes de seguridad efectúan controles de equipaje siempre bajo la supervisión de un miembro de la Guardia Civil.

Al igual que ya dijimos para el caso de los guardas de campos y sembrados, algunos autores han planteado la duda de si el artículo 283 de la LeCrim atribuye funciones de policía judicial los vigilantes de seguridad por cuanto cita expresamente a los guardas jurados y como consecuencia su condición de agentes de la Autoridad. En este caso además, la duda se acrecentaba por cuanto la Disposición Derogatoria única de la LSP de 1992, tan solo se refería a las normas que entraran en contradicción con aquélla, sin hacer una derogación expresa.³⁹⁸ Esta duda se disipó al aprobar el Reglamento de Seguridad Privada por RD 2364/1994, donde expresamente se deroga el RD de 1978. En cuando a la vigencia actual del artículo 283 LeCrim, comparto la idea de OLMEDO CARDENETE ya referida, en cuanto que la aprobación de la LOPJ de 1 de julio de 1985 donde se otorga esta función a los miembros de las FCS en el artículo 443 LOPJ (hoy el 547), supone una derogación tácita de este hipotético precepto habilitador. No obstante, sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el Acuerdo de la Sala Segunda de 14 de noviembre de 2003, que ha dejado clara la cuestión, al establecer que:

“ASUNTO ¿El Servicio de Vigilancia Aduanera es Policía Judicial? ACUERDO. Primero: El artículo 283 LECrim. no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación. Segundo: El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 LECrim. que sigue vigente conforme establece la disp. adic. 1ª de la LO 12/95, de 12 de Dic. sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal. Tercero: Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas”.

Hay que mencionar también que la Ley 5/2014, de SP, regula los casos en los que los que el personal de seguridad privada puede utilizar armas de

³⁹⁸ Sobre la derogación tácita que contiene la Ley 23/1992, de SP, se pronuncia la Consulta 3/1993, de 20 de octubre de la FGE, a la que remitimos.

fuego,³⁹⁹ con lo que la posibilidad de efectuar actuaciones muy similares a los de los miembros de las FCS es evidente, aunque sea siempre en el ámbito de sus competencias. Así, OLMEDO CARDENETE alude a que *“dado que su función no es la de proteger la seguridad ciudadana, sus facultades terminan una vez quedan salvaguardados los intereses particulares a los que sirven. Concederles mayores atribuciones sería romper el monopolio de la coacción pública que compete a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tal y como se deduce del artículo 104 CE.”*⁴⁰⁰ En cambio, la Consulta nº 3/1993, de la Fiscalía General del Estado, aludía a los casos donde *“los vigilantes jurados se aproximan a las funciones públicas”*, refiriéndose a todos esos supuestos donde puede ser de aplicación la exigencia de obrar en el cumplimiento de un deber al margen de su condición de agente de la autoridad o funcionario público.⁴⁰¹

³⁹⁹ El artículo 40 de la LSP establece que: *“Los siguientes servicios de seguridad privada se prestarán con armas de fuego en los términos que reglamentariamente se determinen: a) Los de vigilancia y protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos. b) Los de vigilancia y protección de fábricas y depósitos o transporte de armas, cartuchería metálica y explosivos. c) Los de vigilancia y protección en buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes.” d) Cuando por sus características y circunstancias lo requieran, los de vigilancia y protección perimetral en centros penitenciarios, centros de internamiento de extranjeros, establecimientos militares u otros edificios o instalaciones de organismos públicos, incluidas las infraestructuras críticas.* 2. *Reglamentariamente se determinarán aquellos supuestos en los que, valoradas circunstancias tales como localización, valor de los objetos a proteger, concentración del riesgo, peligrosidad, nocturnidad, zonas rústicas o cinegéticas, u otras de análoga significación, podrá autorizarse la prestación de los servicios de seguridad privada portando armas de fuego. Asimismo, podrá autorizarse la prestación de los servicios de verificación personal de alarmas portando armas de fuego, cuando sea necesario para garantizar la seguridad del personal que los presta, atendiendo a la naturaleza de dicho servicio, al objeto de la protección o a otras circunstancias que incidan en aquélla.* 3. *El personal de seguridad privada sólo podrá portar el arma de fuego cuando esté de servicio, y podrá acceder con ella al lugar donde se desarrolle éste, salvo que legalmente se establezca lo contrario. Reglamentariamente podrán establecerse excepciones para supuestos determinados.* 4. *Las armas de fuego adecuadas para realizar cada tipo de servicio serán las que reglamentariamente se establezcan.”*

⁴⁰⁰ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 587.

⁴⁰¹ Ya hemos mencionado y reiteramos aquí, con respecto al personal de seguridad privada, que el hecho de la protección que el Código Penal les dispensa como sujetos pasivos del delito de atentado, resistencia o desobediencia, no tiene, a primera vista, ninguna incidencia respecto de

Al margen de que la utilización de las armas de fuego se utilizarán en los casos previsto por la Ley que les afecta, y no en casos de grave riesgo para la seguridad ciudadana como proclama el artículo 5.2 d) LOFCS, los principios que introduce el artículo 30 LSP se configurarán como los límites en dicha utilización, que por otra parte son muy similares a los introducidos por el artículo 5.2 c) de la LOFCS. En este sentido, que es el que venimos defendiendo, se han pronunciado algunos autores como OLMEDO CARDENETE cuyos argumentos compartimos, en el sentido de que *“a los efectos de la eximente de cumplimiento de un deber en el ejercicio legítimo del cargo, el personal al servicio de la seguridad privada no puede ser considerado funcionario público, ni, por ello, agente de la autoridad. Ahora bien, lo dicho no significa que no pueda beneficiarse de esta eximente. No se encuentra en el ejercicio legítimo del cargo por la ausencia del desempeño de funciones públicas, pero sí actúa en el cumplimiento de un deber derivado de su profesión u oficio.”*⁴⁰²

En mi opinión, y como ya he mencionado, la protección que el Código Penal dispensa, en este caso al personal de seguridad privada, como sujetos de la acción del delito de atentado, resistencia o desobediencia, no tiene ninguna incidencia decisiva respecto de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber que estamos estudiando, pero sí que tiene una importancia fundamental en cuanto se refiere a la delimitación de las funciones que les asigna la Ley. Al analizar si este personal posee o no el carácter de agente de la Autoridad se hacen visibles las competencias legales que poseen que sí que son verdaderamente importantes a la hora de poder aplicarles la eximente puesto que dichas funciones serán las que delimiten el ejercicio correcto de la función y activen la posibilidad de utilizar la fuerza o no.

Esto puede apreciarse a tenor de las funciones que la Ley de SP encomienda al personal al que va dirigida. Así el artículo 32 de la vigente LSP,

la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber que estamos estudiando, pero sí es muy importante todo

⁴⁰² OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 518.

establece que *“los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión. b) Efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección. c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia. d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.”*

Quisiera destacar dos de estas funciones por su clara incidencia en la exigente que estamos estudiando. La primera de ellas se encuentra en el apartado b), y está referida a la posibilidad que poseen los vigilantes de seguridad de impedir el acceso al inmueble en caso de negativa a exhibir la documentación o impedir la inspección del interior de objetos o vehículos. Esta circunstancia que con la redacción de la anterior LSP se producía con mucha

habitualidad,⁴⁰³ va a tener en el futuro una importante casuística en relación al uso de la fuerza por este personal, por cuanto no hay otra forma de impedir la entrada en el local que utilizando la coacción o en última instancia la fuerza, teniendo en cuenta además que se añaden funciones en este sentido, al habilitar a los vigilantes a poder inspeccionar objetos e incluso vehículos.

Todavía de mayor relevancia se nos presenta la función referida en el apartado d), del artículo 32 transcrito. En este caso, la nueva ley, y también a diferencia de su regulación anterior,⁴⁰⁴ menciona de forma expresa que el personal de seguridad privada tiene la obligación de “*detener*” y poner inmediatamente a disposición de las FCS. Obviamente, si pensamos en una actuación que lleva implícita la posible utilización de la fuerza es precisamente la detención.

⁴⁰³ La derogada Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, regulaba en su artículo 11, apartado b), como los Vigilantes de Seguridad podrían desempeñar sus funciones con respecto a la identificación de personas, estableciendo que podían “*efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener la documentación personal.*” No obstante hay que decir, que este precepto tiene su desarrollo en el artículo 77 del Reglamento de Seguridad Privada aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, que completa dicha previsión legal al decir que “*en los controles de accesos o en el interior de los inmuebles de cuya vigilancia y seguridad estuvieran encargados, los vigilantes de seguridad podrán realizar controles de identidad de las personas y, si procede, impedir su entrada, sin retener la documentación personal y, en su caso, tomarán nota del nombre, apellidos y número del documento nacional de identidad o documento equivalente de la persona identificada, objeto de la visita y lugar del inmueble a que se dirigen, dotándola, cuando así se determine en las instrucciones de seguridad propias del inmueble, de una credencial que le permita el acceso y circulación interior, debiendo retirarla al finalizar la visita.*” Es significativo que la normativa anterior no hiciera ninguna referencia al registro de objetos o vehículos, lo que daba pie a muchas situaciones de negativas e incluso insultos a los vigilantes de seguridad por parte de algunos ciudadanos.

⁴⁰⁴ La LSP de 1992, se refería a este supuesto en el artículo 11, apartado d), al definir como misión de los Vigilantes de Seguridad: “*Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos.*” Esta redacción tan poco concreta, es la que ha llevado a algunos autores a plantearse que los vigilantes tenían la misma consideración que un particular en el momento de la detención, como ha señalado OLMEDO CARDENETE, M. “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 585, al decir que “*en cuanto a las facultades para detener a una persona, creemos que la no ser agentes de la autoridad les resulta aplicable el mismo régimen jurídico que a los particulares, por lo que sólo podrán llevar a cabo la mencionada privación de libertad en los casos enumerados en el artículo 490 LECrim.*”

Pero también hay que decir que estas facultades que la nueva Ley de Seguridad Privada ofrece a su personal, y que en mi opinión les dota de mayor “autoridad”, debe ser complementada con unos criterios que delimiten la forma en que deben actuar y que evite cualquier exceso. Así, el artículo 30 de la LSP consagra los “Principios de actuación”, al establecer que “además de lo establecido en el artículo 8, el personal de seguridad privada se atenderá en sus actuaciones a los siguientes principios básicos: a) Legalidad. b) Integridad. c) Dignidad en el ejercicio de sus funciones. d) Corrección en el trato con los ciudadanos. e) Congruencia, aplicando medidas de seguridad y de investigación proporcionadas y adecuadas a los riesgos. f) Proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa y de investigación. g) Reserva profesional sobre los hechos que conozca en el ejercicio de sus funciones. h) Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El personal de seguridad privada estará obligado a auxiliar y colaborar especialmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a facilitarles la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, y a seguir sus instrucciones en relación con el servicio de seguridad privada que estuvieren prestando.”

Este precepto ha sido desarrollado con respecto a la regulación anterior.⁴⁰⁵ Opino que es muy acertada la consagración de esos principios en la actividad de este colectivo, y así su nueva redacción guarda cierto paralelismo con la de los principios básicos de actuación de las FCS contenidos en el artículo 5 de la LOFCS. De hecho, dos de los principios reguladores del uso de la fuerza y de las armas, congruencia y proporcionalidad, son mencionados aquí. Como ha señalado OLMEDO CARDENETE, “el juego de tales principios, en la medida en que sean respetados, provocará la eficacia exoneratoria total o

⁴⁰⁵ El artículo 1.3 de la LSP de 1992 aludía a que “las actividades y servicios de seguridad privada se prestarán con absoluto respeto a la Constitución y con sujeción a lo dispuesto en esta ley y en el resto del ordenamiento jurídico. El personal de seguridad privada se atenderá en sus actuaciones a los principios de integridad y dignidad; protección y trato correcto a las personas, evitando abusos, arbitrariedades y violencias y actuando con congruencia y proporcionalidad en la utilización de sus facultades y de los medios disponibles.”

*parcial del artículo 20.7º C.P. de forma similar a como lo hace el cumplimiento de un deber en el ejercicio legítimo del cargo”.*⁴⁰⁶

Entre las últimas resoluciones en este sentido⁴⁰⁷, y de gran interés para la eximente que estudiamos, se encuentra la SAP de Barcelona (Sección 9ª), nº 449/2015, de 8 de mayo, que se apoya en la nueva Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, y está referida a la actuación de dos Vigilantes de Seguridad con respecto a un ciudadano que en estado ebrio y con una lata de cerveza en la mano pretendía entrar en los andenes del metro de Barcelona sin haber sacado el billete, arrojando la lata de bebida contra los vigilantes iniciándose una persecución con el resultado de la caída al suelo del agresor. Una vez en el suelo, los vigilantes le golpean con las defensas. El Juzgado de Instrucción nº 26 de Barcelona condenó a los vigilantes como autores de una falta de lesiones, y la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó dicha condena, desestimando el recurso por el que se alegaba la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, haciéndolo en los siguientes términos:

“para su aplicación es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º Que el sujeto activo sea una autoridad o un funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. 2º Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. 3º Que para el cumplimiento del deber concreto, en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta. 4º Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública (...) el personal de seguridad privada se atenderá en sus actuaciones a los siguientes principios básicos: a) Legalidad. b) Integridad. c) Dignidad en el ejercicio de sus funciones. d) Corrección en el trato con los ciudadanos. e) Congruencia, aplicando medidas de seguridad y de

⁴⁰⁶ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 586-587.

⁴⁰⁷ También se ocupan de este asunto la SAP de Guadalajara nº 57/2015, de 22 de abril y la SAP de Zaragoza (Sección 6ª), nº 151/2015, de 6 de abril.

investigación proporcionadas y adecuadas a los riesgos. f) Proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa y de investigación. g) Reserva profesional sobre los hechos que conozca en el ejercicio de sus funciones. h) Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El personal de seguridad privada estará obligado a auxiliar y colaborar especialmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a facilitarles la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, y a seguir sus instrucciones en relación con el servicio de seguridad privada que estuvieren prestando. Ciertamente es que las agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad que se cometan contra el personal de seguridad privada se consideran como tales, pero siempre que el personal se halle debidamente identificado y cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cual establece el art. 31 de la dicha Ley de Seguridad Privada. Así las cosas, en principio la eximente de haber obrado el culpable en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, es aplicable a los vigilantes de seguridad (STS de 12 julio 2006), pues los servicios privados han venido actuando como complemento de la seguridad pública, materia en principio atribuida en régimen de monopolio a los sistemas públicos por la Constitución, por lo que estas empresas privadas desempeñan sus funciones de forma subordinada respecto de las fuerzas de orden público. Esta circunstancia exige para su estimación (STS 5 noviembre 2002) que el recurso a la fuerza sea sólo " la necesaria y apropiada para el cumplimiento de la función encomendada y que se haya puesto de manifiesto por parte de quien sufra la acción del agente una postura de oposición activa, resistencia o determinante de peligro." Estas funciones de seguridad, legalmente conferidas a los vigilantes privados, hacen posible extender los efectos de la causa de justificación por cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un oficio o cargo cuando concurren los presupuestos exigidos jurisprudencialmente(...) Así las cosas, la apreciación de la prueba efectuada por la Juez de instancia no resulta arbitraria, ni ilógica ni irracional y de la misma se desprende que la actuación de los Vigilantes de Seguridad fue desproporcionada y que actuaron en exceso, extralimitándose en la función de reducir al infractor, en cuanto la fuerza empleada debe considerarse no modulada, por desproporcionada e inadecuada, constituyendo un exceso penalmente sancionable, por lo que no resulta viable apreciar la eximente propuesta, ni como completa ni como incompleta ni como atenuante analógica."

Puede apreciarse que en esta resolución, pese a que finalmente no se aplica la eximente, se sintetizan muchos de los aspectos que venimos tratando sobre la posibilidad de beneficiarse de la figura objeto de estudio en este trabajo. Por un lado, se detalla, con cita abundante de jurisprudencia, cuáles son los requisitos que se exigen para poder aplicar la eximente, referidas todas ellas a los miembros de las FCS como posibles beneficiarios de la figura y posteriormente centra el análisis en las funciones encomendadas a las FCS en la LOFCS, donde se analiza el aspecto relacionado con la función pública y la legítimo utilización de la coacción y la fuerza. En segundo lugar se hace alusión al contenido de la Ley de Seguridad Privada, y se traen a colación los principios

que regulan las actuaciones de este colectivo, para finalmente establecer ciertos paralelismos entre ambas regulaciones y hacer extensiva la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber al personal de seguridad privada, basándose en que las funciones de seguridad que la LSP confiere a los vigilantes de seguridad, hace posible aplicar la eximente siempre que se cumplan los requisitos que exige la jurisprudencia, que no son otros que los que ahora estamos analizando.

Por tanto, pese a que como hemos visto, el personal de seguridad privada no es funcionario público y tampoco ostenta el carácter de agente de la Autoridad, salvo para su protección penal como sujeto de la acción del delito de atentado, resistencia o desobediencia, con los requisitos que le exige los actuales artículos 550, 554 y 556 CP, la jurisprudencia ha venido aplicando la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Así se ha pronunciado también OLMEDO CARDENETE, al decir que *“si para el ejercicio de sus funciones necesitan recurrir al ejercicio de la violencia, la L.S.P. previene limitaciones similares a las previstas en la L.O.F.C.S., por lo que buena parte de las conclusiones a las que hemos llegado con anterioridad resultan extensibles a estos casos”*.⁴⁰⁸

Un caso peculiar, al que me refiero por su singularidad, es el referido a los miembros del **Servicio Específico de Admisión (SEA)**, que durante mucho tiempo fueron conocidos como “porteros de discoteca”, por su relación con el personal de seguridad privada, en cuanto que ciertos locales contratan a vigilantes de seguridad, si bien, el estatus jurídicos de ambos es muy diferente. Sin embargo, y para el caso que nos ocupa, hay alguna resolución aislada del Tribunal Supremo que se ocupa expresamente de las actuaciones de estos profesionales en relación con la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Así la STS 922/1998, de 18 de julio, resuelve un caso donde un portero de discoteca (hoy profesión regulada como SEA), experto en artes marciales, golpea a varios jóvenes con los que había mantenido una pequeña discusión

⁴⁰⁸ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 586; Vid., en este sentido ROLDÁN BARBERO, H., “La seguridad privada en la prevención del delito”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 2001.

acerca del desalojo del local, causando la muerte de uno de ellos, y provocando lesiones de diversa consideración al resto. La Audiencia Provincial de León condenó a este portero por los delitos de imprudencia con resultado de muerte en concurso con una falta de lesiones. El Tribunal Supremo, que confirma dicha resolución, se refiere a la posible aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber al apreciar que:

“tanto en el cumplimiento de un deber como en el ejercicio de un oficio o cargo, como podría admitirse en el caso presente, es necesario tener en cuenta que no se concede una absoluta facultad de realizar la actividad de la que se es responsable, fuera de los cauces normales que establece la naturaleza del cargo y las circunstancias concurrentes en cada caso. Sólo se puede admitir una actuación con proporcionalidad y congruencia sin desbordar los límites establecidos, que no son otros que los que determina el uso adecuado de la facultad que proporciona el cargo. Esta situación no se da en el caso presente en el que se ha utilizado abusivamente las funciones necesarias para desalojar a los clientes que se negaban a cumplir con la hora de cierre. En todo caso el cargo u oficio de vigilante de un establecimiento abierto al público no autoriza para ejercer la fuerza como si se tratase de un agente de la autoridad que está investido de unas facultades legales que no se pueden extender de manera indiscriminada a cualquier guardián o vigilante privado que ni siquiera desempeña sus funciones en el seno de una compañía autorizada de seguridad privada.”

Viene a concluir esta resolución que si bien al personal de seguridad privada le es posible la aplicación de la figura, por cuanto sus funciones vienen establecidas legalmente, no ocurre igual con el personal que no posee dicha habilitación legal y son meros particulares que han sido contratados por un particular para una función privada.⁴⁰⁹

Antes de pasar a recapitular lo dicho hasta ahora, quisiera abrir un paréntesis sobre la posible **aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber a los particulares**. Aunque esta cuestión ha sido

⁴⁰⁹ No obstante ello, no hay que olvidar que en la actualidad la profesión del personal del Servicio Específico de Admisión viene regulada en algunas Comunidades Autónomas, como la valenciana que viene regulado en el artículo 33 de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, título VI del Decreto 52/2010, de 26 de marzo, donde se establecen las previsiones normativas referidas a la reserva, derecho y servicio de admisión en estos lugares, y artículo 4 del Decreto 194/2012, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento orgánico y Funcional de la Consellería de Gobernación y Justicia, donde se establecen las bases que deben regir en las convocatorias para obtener el título correspondiente que permita ejercer una profesión regulada.

tratada por una pequeña parte de la doctrina,⁴¹⁰ y no ha tenido ningún eco por parte de la jurisprudencia, entiendo que dicha posibilidad, en supuestos muy concretos, sería posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 450 CP⁴¹¹, que regula el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos al establecer que *“1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.”*

Esta es la posición que mantiene también HUERTA TOCILDO al mostrarse partidaria de que dicha eximente pueda aplicarse y señalar que supone una *“lesión de un bien jurídico a través de una conducta típica inspirada en el cumplimiento de un deber”*.⁴¹²

⁴¹⁰ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 493; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010... Opus cit.*, p. 91; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, pp. 513-514; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 108; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 53; OLMEDO CARDENETE, M. “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 600-601; Alude a este asunto de forma muy vaga VIEITES PÉREZ, C. “El uso de armas por agentes de la autoridad”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1996, p. 2, al decir que *“respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto»”*.

⁴¹¹ También se ha dicho que sería de aplicación a los particulares en los casos del deber de declarar como testigo en un juicio. En este sentido vid. OTERO GONZÁLEZ, P., “El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, tomo 6, 2000. Obviamente por apartarse de las funciones públicas que se tratan en este trabajo no se va a incidir en esta materia.

⁴¹² HUERTA TOCILDO, S., “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”. *Diario La Ley*, tomo 4, 1983, p. 1062. También efectúa un análisis detallado sobre el delito de omisión del deber de impedir delitos LUZÓN PEÑA, D.M., “Participación por omisión y omisión de impedir delitos”. *Diario La Ley*, tomo 3, 1986, pp. 535 y ss.

A la vista de lo dicho hasta aquí, y a modo de **conclusión** se puede decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia, con distintas formas de combinación, exigen para poder aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, que el sujeto que la alega sea Autoridad, agente de la Autoridad, funcionario público o miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, configurándose además éste, como requisito esencial para poder aplicar la figura, y por tanto, inaplicable a otros supuestos diferentes a los que acabamos de citar. No obstante ello, la resolución del supuesto concreto hace que dicha postura se matice, y que en determinados casos pueda aplicarse la eximente a sujetos que no ostentan ninguna de estas condiciones, como por ejemplo el personal de seguridad privada e incluso a los particulares. Por tanto, esta extensión no solo es posible desde el punto de vista jurídico para los particulares, sino que en la práctica diaria de los Tribunales se materializa en el caso del personal de seguridad privada.

A partir de esta afirmación, y en base a los argumentos expuestos en este epígrafe, puede hacerse la siguiente recapitulación:

Cuando el Tribunal Supremo exige que el sujeto que alega la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, sea Autoridad, agente de autoridad o funcionario público, se está refiriendo en la mayoría de los casos a las FCS, es decir, que inicia su discurso desde el hecho de que está aplicando a estos agentes policiales los requisitos, y por tanto no haría falta añadir que sean agentes de la Autoridad puesto que por el artículo 7.1 LOFCS todos lo son.

En mi opinión, que el sujeto sea autoridad o agente de la autoridad no es factor determinante para la aplicación de la eximente, puesto que, como hemos visto, podría beneficiar a otros sujetos que no tienen este carácter, como el funcionario de prisiones, aunque sí que puede ser factor de inicio de una situación que desemboque en la necesidad de su aplicación. Del mismo modo el hecho de ser funcionario público en nada obsta para que el vigilante de seguridad esté obligado a cumplir con su deber. Todo el esfuerzo normativo por concretar qué sujetos y en qué ámbitos poseen el carácter de agentes de la

Autoridad como acabamos de ver, considero que van dirigidos principalmente en las siguientes direcciones:

1ª.- Para dotarles de un instrumento jurídico con el que lograr los objetivos que configuran su función pública. Me refiero a la capacidad legal de lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos que éstos están obligados a soportar (detener el vehículo, mostrar la documentación, someterse a una prueba de alcoholemia, etc.). No obstante, considero que todo el trabajo realizado en este sentido no es superfluo; analizar qué sujetos poseen la condición de Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público, nos ha exigido estudiar cuáles son las funciones concretas que pueden realizar y esa consecuencia sí que puede ser de mucho provecho para el estudio de la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. No obstante ello, el hecho de poseer el carácter de agente de la Autoridad puede ser el desencadenante de la situación que dé lugar a la aplicación de la figura. Podemos poner como ejemplo la redacción contenida en el artículo 383 CP, que regula como delito la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia instada por agente de la Autoridad, o el caso de un agente policial que es agredido al ordenar a un individuo que se retire de la vía pública y en base a ello se produce una detención y el agresor sufre lesiones durante la misma. Estos casos son claros ejemplos de posible aplicación de la figura que han sido originados por la condición de agente de la Autoridad, pero no significa que sean los únicos posibles. Como hemos podido ver la eximente se aplica a sujetos que carecen de esta condición como los funcionarios de prisiones o personal de seguridad privada, y podría aplicarse también a particulares en cumplimiento del deber contenido en el artículo 450.1 CP.

2ª.- Como instrumento con los que lograr una mayor protección penal de éstos como sujetos de la acción del delito. Son representativos de este grupo el delito de atentado previsto en el artículo 550 CP o los delitos de desobediencia y resistencia que contienen el artículo 556 CP, entre otros.

3ª.- Como criterio para graduar la responsabilidad penal como autor de determinados delitos. Por ejemplo el artículo 187.3 (inducir o promover la prostitución de menores), artículo 188.4 a) (obligar a ejercer la prostitución), que se constituyen como supuestos agravados para el agente de la Autoridad.

Más correcta me parece la postura de algunos autores que amplían los supuestos de aplicación y citan a la “*autoridad, sus agentes o funcionarios públicos*”⁴¹³, si bien, como he dicho tampoco creo que sea el único abanico posible para su aplicación.

En cambio, considero un requisito fundamental para poder aplicar la eximente, dentro de este primer criterio, que el sujeto que alega la eximente esté habilitado legalmente para el uso de la fuerza, puesto que como ya hemos visto en epígrafes anteriores, solo la Ley puede autorizar la lesión de derechos fundamentales de los ciudadanos de forma legítima, cuestión de la que se ocupa el apartado siguiente.

b) Habilitación legal para el uso de la coacción o la fuerza:

Este epígrafe completa lo dicho anteriormente sobre las funciones que las diferentes leyes otorgan a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.⁴¹⁴

Sobre los casos en los que la Ley habilita a los agentes policiales para poder utilizar la fuerza o incluso las armas ya vimos que el punto de partida se

⁴¹³ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; Se requiere que el sujeto activo sea Autoridad o funcionario público la mayoría de delitos comprendidos en el Título XIX “De los delitos contra la Administración Pública”, que comprende delitos como prevaricación administrativa, cohecho, malversación, etc, y los delitos comprendidos en el Título XXI, Capítulo V, “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, artículos 529 a 542, que regulan supuestos de delitos contra la libertad individual, inviolabilidad del domicilio o contra los derechos individuales.

⁴¹⁴ Véase Capítulo II, epígrafe 1.3

encuentra regulado expresamente en el artículo 104 CE y el artículo 5.2, apartados c) y d) de la LOFCS.

Asimismo, como ya dijimos también en el epígrafe 1.3 del Capítulo II de este estudio, al analizar el principio de habilitación legal para el uso de la coacción o la fuerza, es imposible enumerar todos los supuestos fácticos en los que la Ley autoriza a los agentes policiales a utilizar estas medidas para el cumplimiento de su misión (detenciones, entradas y registros domiciliarios, intervenciones corporales, etc.), y por tanto nos remitimos a dicho apartado.

Para completar este epígrafe deberíamos analizar, si quiera de manera genérica, los distintos instrumentos legales puestos a disposición de los diferentes colectivos a los que acabamos de hacer referencia con ocasión de si poseían o no el carácter de agente de la Autoridad, (funcionarios de prisiones, vigilantes de seguridad, etc.), para que, en base a dicha regulación, podamos extraer los cometidos que se les asignan y que pudieran suponer el punto de partida para una correcta actuación que permitiera la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

Como hemos visto, el principio de habilitación legal se exige de forma constante por la doctrina y jurisprudencia como un requisito esencial, aunque buena parte de la doctrina, al igual que ocurría con la condición de agente de la autoridad o funcionario público del sujeto activo, se limita a citarlo sin efectuar un desarrollo de dicho principio.⁴¹⁵ Es más, considero que, respecto a este

⁴¹⁵ Sí lo hacen en cambio algunos autores como CÓRDOBA RODA, J., “Art. 20.7”, en “CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Comentarios al Código Penal. Editorial Ariel. Barcelona, 1972, pp. 372 y ss; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 495-496; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2ª edición. Valladolid, 2011, p. 171; CARBONELL MATEU, J.C. *La Justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Editorial Edersa. Madrid, 1982, pp. 138 y ss. QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *El policía y la Ley*. Editorial Plaza y Janés. Barcelona, 1986, pp. 87 y ss; en Manual de Policía Judicial. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1987, pp. 39 y ss, en “Coacción directa y justificación”...*Opus cit.*, pp. 110-110, en “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)...*Opus cit.*, pp. 143-153, en BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 113.

primer requisito de la eximente que estamos analizando, el núcleo esencial del mismo es precisamente la habilitación legal para el uso de la fuerza y no si son autoridad, sus agentes o funcionarios públicos. En este sentido se pronuncia la STS 312/1996, de 20 de abril, que no aplica la eximente por no encontrarse el supuesto de actuación policial entre los contemplados por la Ley, al decir que:

“En cuanto a la justificación alegada por los recurrentes es indudable también que no concurren las circunstancias que hubieran permitido aplicar el art. 8, núm. 11 CP, por ellos alegado. Como se dijo, no se daban en el caso ninguno de los supuestos que autorizan la detención según el art. 492 LECrim y, en todo caso, no se requería en modo alguno la utilización de la violencia empleada por el policía municipal”.

Como no podía ser de otra manera, las resoluciones que dicta el Alto Tribunal en relación a los sujetos que alegan la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber también tienen su apoyo en los criterios regulados en la Ley que les autoriza a cumplir ese cometido. En el mismo sentido que venimos diciendo, la STS 457/2003, de 14 de noviembre, refiriéndose a los requisitos que deben concurrir para poder aplicar la eximente objeto de estudio, dice:

“La circunstancia 7ª del art. 20 del C. Penal declara exento de responsabilidad criminal al que "obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". De las tres referencias que contiene el citado precepto hemos de escoger la primera, en la que se establece una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir. El cumplimiento de un deber ha de ajustarse a la norma jurídica que le sirve de base. Sus límites se hallan en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales. De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente”.

Esta base legal a la que se refiere la resolución que acabamos de transcribir, se cita a veces de forma genérica, como en la STS 153/2013, de 6 de marzo, referida a la actuación de varios agentes de la Policía Local de Tárrega (Tarragona), con motivo de ir a denunciar a dos individuos que se encontraban en el puerto de la localidad, por contravenir la ordenanza municipal, y a los que se causó lesiones con la defensa policial que portaban alude a que:

"cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva".

Esta forma de justificar el comportamiento de los agentes de forma tan genérica⁴¹⁶ como se hace en este caso aludiendo a la *"misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva"*, recuerda a las resoluciones dictadas sobre este asunto por el Tribunal Supremo a finales del siglo XIX como pudimos apreciar,⁴¹⁷ y donde los argumentos justificativos de la conducta eran muy genéricos y poco extensos dando la impresión de cierta impunidad por parte de los agentes. Esta misma idea fue señalada por PORTILLA CONTRERAS, que respecto del tratamiento de la jurisprudencia hacia los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad opinaba que *"la lectura de estos casos manifiestan, una vez más, el tratamiento privilegiado que reciben las fuerzas de orden público en el uso de la violencia"*.⁴¹⁸ Desde luego no puede compartirse actualmente esta idea teniendo en cuenta el tratamiento punitivo que de la función pública hace el Código Penal vigente que supuso entre sus novedades unas notables agravaciones para las actuaciones de los agentes policiales, y teniendo en cuenta también el sistema de garantías que pretenden establecer las normas referidas a este tipo de supuestos relacionados con las FCS. Pero dicho esto no hay que olvidar cuál es la misión de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y las situaciones a que deben enfrentarse a diario para garantizarla, lo que inevitablemente debe ir acompañado de instrumentos de coacción para su aplicación.

Como ejemplo de esto último, donde las referencias a los cometidos que la ley asigna a los sujetos actuantes es más concreta y detallada, puede verse la STS 1262/2006, de 28 de diciembre, donde analizando un supuesto de posible rigor innecesario hacia los internos por parte de un funcionario de

⁴¹⁶ También utiliza una justificación legal genérica las SSTS 1010/2009, de 27 de octubre; 778/2007, de 9 de octubre; 1401/2005, de 23 de noviembre y de 14 de julio de 1993, entre otras.

⁴¹⁷ Véase el epígrafe 2, del Capítulo II.

⁴¹⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., "El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1989, p. 157.

prisiones, el Alto Tribunal alude a la normativa penitenciaria de forma más extensa y concreta, argumentando:

“en cuanto a los funcionarios de prisiones en particular, la Ley Orgánica 1/79 de 26.9 (RCL 1979, 2382) , General Penitenciaria exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior (art. 4 b) sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios (art. 4 c) señalando que el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por RD 190/96 de 9.2 (RCL 1996, 521, 1522) , art. 72, atribuye al director, entre otras funciones, la de «autorizar la utilización de los medios coercitivos, comunicando su adopción y cese al Juez de Vigilancia», y dentro de estos medios coercitivos se encuentra el uso de las defensas de goma, art. 45 de la LGP y 72.1 del Reglamento. No debe olvidarse, que entre los deberes de los internos se encuentran el acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario, colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, funcionarios, reclusos y demás personas, art. 5 del Reglamento. Igualmente, de conformidad con el art. 71 del Reglamento, las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente los que se practiquen directamente sobre las personas. Cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad, detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciaria de una posible perturbación de la vida normal del centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de servicio, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente. «Como dijimos, entre dichos medios, se encuentran según el art. 45.1 de la LOGP. el aislamiento provisional y el empleo de las defensas de goma, cuyo uso, será proporcional al fin pretendido y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario, art. 72.1 del Reglamento». Confrontando la actuación del funcionario recurrente que se describe en los hechos probados con la del recluso, se colige que la de aquel fue en todo momento contraria a la normativa del régimen penitenciario al estar en total desconexión con la actividad desarrollada por el preso, y además el empleo de la defensa de goma no lo fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario (para que se «abstuviera de tratarlo como si fuese un mariquita».

De un modo extenso se pronuncia también la STS 153/2013, de 6 de marzo, referida a un agente de policía que ante un conflicto menor y sin peligro para los agentes actuantes utiliza la defensa y golpea en la cabeza al detenido y ésta contra el capó de vehículo, aludiendo a que los componentes de las FCS deben actuar:

“con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable”, pero al mismo tiempo “rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad”, como dice el apartado c) del art. 5.4 LO. 2/86 de 13.3 (RCL 1986, 788) , cuyo apartado d) concreta que “solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Lo que responde al mandato del art. 104 CE (RCL 1978, 2836) y se halla inspirado en las líneas marcadas por la “Declaración de la Policía” hecha por el Consejo de Europa el 8.5.79, y por el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17.12.79.”⁴¹⁹

⁴¹⁹ En la STS 850/2006, de 12 de julio, ya citada anteriormente, referida a un vigilante de seguridad que actúa en el exterior de un campo de fútbol de Cuenca, y acude en auxilio de policía que estaba siendo agredido, el Tribunal Supremo cita de forma extensa la normativa que regula esta profesión, aludiendo para aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber al funcionario que “la Ley 23/1992, de 30 de julio (RCL 1992, 1740) , de Seguridad Privada –puntualmente modificada por el Real Decreto-ley 2/1999, de 29 de enero (RCL 1999, 270) , por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (RCL 2000, 3029 y RCL 2001, 1566) , y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , y desarrollada reglamentariamente por los RR. DD. núm. 2.364/1994 (RCL 1995, 65, 194) y núm. 2.487/1998 (RCL 1998, 2815) – vino a regular la situación de los servicios privados que, siendo una realidad en nuestro entorno desde el año 1974, han venido actuando como complemento de la seguridad pública, materia en principio atribuida en régimen de monopolio a los sistemas públicos por la Constitución. Por tal razón, estas empresas privadas desempeñan sus funciones de forma subordinada respecto de las fuerzas de orden público. La Ley 23/92 dedica específicamente a la figura de los vigilantes de seguridad la Sección Segunda del Capítulo Tercero, detallando entre sus competencias –artículo 11, apartados a) y c)– las de «ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos» y de «evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección». Para el legítimo desempeño de sus funciones, es igualmente exigible, según preceptúa el artículo 12, que los vigilantes se encuentren integrados en empresas de seguridad, que vistan el oportuno uniforme identificador y que ostenten el distintivo del cargo que ocupen, debidamente aprobado por el Ministerio del Interior y en todo caso diferente y no confundible con los habitualmente empleados por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Como lógica consecuencia de todo ello, hemos de entender que estas funciones de seguridad, legalmente conferidas a los vigilantes privados, hacen posible extender los efectos de la causa de justificación por cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un oficio o cargo cuando concurren estos presupuestos y los estudiados en el fundamento precedente. Por su parte, el artículo 1 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por RD 2.364/1994, de 9 de diciembre, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 23/1992, regula las actividades que podrán prestar las empresas de seguridad, entre las que se comprenden las de «vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones» (letra a). Como destaca el recurrente, el artículo 1.4 de la Ley 23/1992, desarrollado por el artículo 66 del Reglamento, confiere a estas empresas y a su personal la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, y en particular respecto de los vigilantes de seguridad dispone el artículo 77.1.a) del RD que les corresponde «ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos», debiendo seguir las instrucciones que les impartan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como colaborando con las mismas dentro de los locales o establecimientos en que presten sus servicios en cualquier situación en que sea preciso para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana (artículo 77.2 del R. D).”

Tal y como acabamos de ver, las resoluciones del Tribunal Supremo, obviamente, buscan en la Ley el apoyo necesario para poder justificar sus argumentos, pues es la norma la que delimita los criterios que debe seguir el sujeto que alega la eximente, adaptando su actuación a dichos criterios.

Es importante resaltar aquí que, con respecto a la aplicación de la eximente que estamos estudiando, cuando nos referimos, como lo hace la jurisprudencia, a que el sujeto activo esté autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo, nos estamos refiriendo a dos tipos de normas. Las primeras, son las que simplemente asignan funciones, que a su vez pueden ser derechos o deberes, a los sujetos y un segundo grupo que expresamente autorizan a utilizar la fuerza. Podemos citar como ejemplo de una norma habilitadora de una función como derecho, la contenida en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de PSC, que, bajo el título *“Potestades generales de policía de seguridad”* permite a los agentes policiales a identificar a un ciudadano al establecer que *“en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito”*.

En relación a este tipo de funciones que la LOPSC encomienda a las FCS, y como ya hemos visto, utilizar las potestades que otorga el carácter de agente de la Autoridad puede ser el desencadenante de una situación en la que quepa aplicar la eximente, pero no son las únicas posibilidades, y desde el punto de vista de la dogmática penal interesa encontrar un requisito en el que puedan quedar subsumidos la mayoría de supuestos que se pueden dar en la realidad.

Por lo que se refiere a una norma que otorga una función como deber y este caso, dirigida a los vigilantes de seguridad, podemos mencionar la que contiene el artículo 32.1, párrafo d) de la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, que impone la obligación al vigilante de proceder a la detención en determinados casos, como se extrae de dicho precepto al regular que *“d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a cualquier persona practicar la detención.”*

Este precepto impone el deber de detener a la persona que haya cometido un delito en el ámbito de actuación del vigilante de seguridad. Pensemos por ejemplo en un individuo que encontrándose en una tienda custodiada por un vigilante de seguridad rompe el cristal de una estantería y se apodera de un artículo valorado en 600 euros. Obviamente, en este caso surge inmediatamente el deber de proceder a la detención de este atracador como supuesto autor de un delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el artículo 238 CP. Una vez detenido deberá ser puesto inmediatamente a disposición de las FCS. La duda que se plantea es la siguiente: Si el vigilante omite voluntariamente esta detención, por el motivo que sea, ¿cometería el delito de omisión del deber de perseguir delitos previstos en el artículo 408 del Código Penal? ¿Y el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos previstos en el artículo 450.1 CP? La respuesta a ambas preguntas es negativa. En el primer caso porque el tipo exige que el sujeto activo sea Autoridad o funcionario público y en el segundo porque el delito cometido queda extramuros de la protección que prevé el delito (proteger delitos contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual). Aunque en estos casos podemos hablar de la existencia de un deber más específico, se evidencia así la poca coordinación entre estos preceptos del Código Penal que por un lado

protegen a los vigilantes de seguridad como sujetos pasivos del delito de atentado, resistencia y desobediencia, pero al mismo tiempo no les consideran sujetos activos del delito de omisión del deber de perseguir delitos, íntimamente relacionados con la función encomendada por la Ley.

A este subgrupo pertenecen también las obligaciones referidas en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impone la obligación a los componentes de Policía Judicial de proceder a la detención en caso de que se produzca un delito, e incluso la obligación que impone el artículo 408 del Código Penal a las Autoridades, agentes o funcionarios públicos de no perseguir el delito o a sus responsables.⁴²⁰

Por otro lado, otras normas, como ya se ha visto, permiten expresamente el uso de la fuerza y así el artículo 468 de la LeCrim, referido a las Autoridades o miembros de FCS, o el artículo 45.1 de la Ley 1/1979, General Penitenciaria que permite expresamente su utilización en los casos que se mencionan y que ya hemos citado anteriormente.

Sobre el segundo grupo de supuestos no habrá mayor problema de interpretación, y las dudas surgirán en los supuestos contemplados en el primer grupo, puesto que el uso de la fuerza se deberá valorar en cada caso.

En mi opinión, el supuesto habilitante nos proporciona la llave para abrir la puerta a la posibilidad de utilizar la fuerza en el cumplimiento de los deberes del cargo y con los requisitos establecidos. Si no se dispone de esta llave y se echa la puerta abajo, la actuación es ilegítima desde el inicio y por tanto no se podrá aplicar la eximente. Para su aplicación, la actuación debe discurrir por los cauces legales permitidos, sin que se permitan extralimitaciones en el ejercicio de la función y mucho menos amparar actos ilícitos. Será la Ley la que regule cómo deben actuar los agentes para que la actuación sea correcta. Solo en

⁴²⁰ A esta circunstancia se refiere la STS 312/1996, de 20 de abril. Tampoco hay que olvidar las posibles consecuencias de una mala actuación. En este sentido vid. BOLEA BARDÓN, C. / ROBLES PLANAS, R., “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2006

algunos supuestos como veremos más adelante, este exceso o extralimitación puede conllevar a la aplicación de la eximente en su forma incompleta.

Pueden citarse como ejemplo de extralimitación el supuesto contemplado en la STS 2466/2001, de 24 de diciembre, en la que se resuelve un asunto relacionado con los golpes propinados por varios agentes de la Guardia Urbana de Barcelona sobre la acompañante de una conductora que había dado positivo a la prueba de alcoholemia y con la que mantuvieron una disputa previa sobre unos daños en una valla, a resultas de cuya actuación, esta ciudadana recibió de los agentes diversos golpes, siendo arrastrada por el suelo, esposada y detenida. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los agentes por una falta de lesiones, que posteriormente confirmó el Tribunal Supremo con los siguientes argumentos:

“La doctrina jurisprudencial sobre la eximente de ejercicio legítimo de un oficio o cargo requiere imprescindiblemente que en ese ejercicio, cuando se emplee fuerza, ésta sea proporcional a la función a realizar, racionalmente imprescindible para su cumplimiento, sin que se observe extralimitación alguna por parte de quien la emplee, y que, por parte de quien la soporte se haya ofrecido cierto grado de resistencia o un actitud peligrosa. Sólo así el empleo de fuerza merecerá el calificativo de legítimo que se antepone en el texto del número 7 del artículo 20 del Código Penal al ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Pues bien, en el caso presente ni precedió por parte de quien sufrió el ejercicio de fuerza una actitud agresiva o peligrosa, ni era por ello mismo racionalmente imprescindible recurrir a ella, con lo que toda la empleada constituyó una extralimitación del ejercicio de las funciones que los agentes tenían atribuidas, por todo lo cual se evidencia que no puede su conducta beneficiarse de la eximente cuya aplicación pretenden.”

En este sentido de apreciar dicha extralimitación y por tanto no apreciar la eximente, puede citarse la STS 949/2013, de 19 de diciembre, referida al supuesto de una actuación de varios agentes del Cuerpo Nacional de Policía que son avisados por unos ciudadanos ante la actitud molesta de un conocido con el que habían tenido una disputa e incluso un intercambio de golpes de carácter leve. Al llegar los agentes al lugar, la situación ya está calmada e incluso parte de los integrantes del grupo se marchaba, utilizando uno de los agentes la defensa reglamentaria contra el sujeto molesto que le causaron entre otras, rotura en los huesos de la nariz y tres costillas. La Audiencia Provincial de Valencia condenó al agente por un delito de lesiones, siendo

confirmada la resolución por el Tribunal Supremo sin aplicar la eximente en los siguientes términos:

“La doctrina de esta Sala en relación con la aplicación de esta causa de justificación en los supuestos de recurso al uso de la fuerza por los miembros de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones, estima necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo, 2º) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada, 3º) que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir la idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna, 4º) que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza. En el caso actual es claro que no concurren dichos requisitos. En primer lugar el recurso a la fuerza no fue racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos, pues no es necesario utilizar la fuerza para reprimir una actuación simplemente "molesta" de un ciudadano, que ya había sufrido ciertas lesiones en una contienda previa, máxime cuando, como señala el Tribunal sentenciador, el agente policial disponía del apoyo de otros dos compañeros, por lo que la víctima no representaba peligro alguno. Incluso en caso de que llegase a abalanzarse sobre el acusado, lo que no hizo según el relato fáctico, habría bastado con colocar la defensa a modo de barrera o con su sujeción por parte de los compañeros del acusado, sin necesidad de recurrir a violencia alguna, como con pleno acierto razona el Tribunal de Instancia. Y, en cualquier caso, el uso de la fuerza es manifiestamente desproporcionado y abusivo, pues no era en absoluto necesario fracturar a un ciudadano tres costillas, utilizando la defensa o porra policial, con suma fuerza y golpeando reiteradamente su dorso, y los flancos del torso, para reprimir una actuación simplemente molesta, cuando la fuerza pública se encontraba en clara superioridad numérica y física, estando la víctima ya lesionada. Incluso aunque la víctima se encontrase agitada, la reacción policial no puede consistir en el recurso a la fuerza bruta, pues existen procedimientos para intentar calmar a los ciudadanos molestos y agitados, sin necesidad de romperles las costillas.”

Puede apreciarse la extralimitación del agente que no solo utiliza la defensa contra una persona que no muestra ninguna actitud hostil o agresiva, sino que además lo hace con suma fuerza y en diversas ocasiones.⁴²¹

Pero por otra parte y como se verá con mayor detenimiento al analizar el principio de necesidad aplicado en concreto, estas extralimitaciones no siempre suponen la inaplicación de la eximente. Así la STS 26/2005, de 22 de enero, se

⁴²¹ Otro supuesto donde el TS alude a que con la conducta de los agentes “*se han rebasado los límites de la licitud requerida para apreciar la eximente analizada*”, está en la Sentencia de 18 de noviembre de 1988.

ocupa de un supuesto donde unos agentes pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía que patrullaban de paisano por Madrid, identifican a un transeúnte durante la madrugada iniciándose una discusión entre ellos seguida de un forcejeo lo que finaliza con la detención de este ciudadano. Estando ya esposado, uno de los agentes se dirige al vehículo, coge la defensa, y le golpea en la cabeza, causándole una herida que precisó de cuatro puntos de sutura.⁴²² La Audiencia Provincial de Madrid condenó al policía por un delito de lesiones. El Tribunal Supremo rebaja la pena y aplica la eximente de obrar en cumplimiento de un deber como incompleta alegando lo siguiente:

“examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la eximente alegada, (..) con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería». Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal «a quo», en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más «comprensiva» (sic), ante la «respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante», pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente.”

En este caso el Tribunal Supremo tiene en consideración dos momentos principales. En primer lugar la actuación inicial que considera correcta, y en segundo lugar una actuación ilegítima por parte de los agentes al golpear al detenido cuando se encontraba esposado, considerando que en base a que esta extralimitación se produce en un momento posterior es posible aplicar la eximente aunque de forma incompleta. En mi opinión el hecho de golpear a una persona estando ya detenida y esposada no supone una extralimitación que pueda dar cobertura a la aplicación de la eximente ni siquiera en su forma incompleta. Considero que ante un hecho tan reprobable como este para un componente de las FCS, el Derecho no puede otorgar ningún beneficio como la

⁴²² Se ocupa de un caso casi idéntico la STS 26/2005, de 22 de enero.

rebaja de la pena aplicando la eximente incompleta porque nada justifica o excusa el uso de la fuerza en tal caso.

De otro supuesto similar al anterior se ocupa la STS 485/2013, de 5 de junio, donde un agente abofetea repetidamente y dirige comentarios humillantes hacia un detenido. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al agente por un delito contra la integridad moral sin aplicación de ninguna eximente. El Tribunal Supremo confirma dicha condena señalando que:

“el acusado no actúa para neutralizar ninguna peligrosidad del acusado; estaba rodeado de policías, esposado con las manos en la espalda y su peligrosidad era nula. No hubo necesidad de ejercer ninguna violencia sobre la víctima más allá de la que ya se le había aplicado al esposarle. Le golpea reiteradamente, de manera cobarde, y faltándole el respeto”.

También se han impartido normas sobre este asunto a las FCSE, y así la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, en su instrucción SÉPTIMA, apartado 6, dispone que *“en todo caso, sea cual fuere o hubiere sido el comportamiento del detenido, no se justifica ningún tipo de violencia cuando aquél haya sido inmovilizado.”*

Tal y como ha señalado GÓMEZ BENÍTEZ, la extralimitación en el ejercicio del cargo ha supuesto, en ocasiones, que el Tribunal Supremo haya determinado la pérdida de la condición de agente de la Autoridad a los agentes actuantes.⁴²³

En este sentido es interesante mencionar, entre otras, la STS 814/2007, de 5 de octubre que referida a un supuesto donde una persona que había

⁴²³ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1980, p. 21. Este autor, con cita de numerosas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se pierde el carácter de agente de la Autoridad cuando la actuación es ilegítima (así SSTS 29 de septiembre de 1945; 8 de abril de 1965; 12 de diciembre de 1967, 18 de diciembre de 1975; 5 de marzo de 1976 y 14 de febrero de 1976), critica las continuas alusiones al término “legalidad” del ejercicio del cargo para proteger ciertas prácticas abusivas o extralimitaciones en dicho ejercicio.

ingerido grandes cantidades de alcohol al estar celebrándose la fiestas de la localidad entra en un bar donde había dos agentes de la Policía Local, dirigiéndose esta persona al propietario del local de forma burlesca requiriendo los agentes al dueño para que lo sacase, lo que hizo, y que motivó los insultos del vecino hacia los agentes que salieron y lo redujeron utilizando una violencia desmedida, propinándole golpes y rociándole con spray una vez en el vehículo. Ante estos hechos, la Audiencia Provincial de Valencia condenó a los agentes de policía, entre otros, por delito contra la integridad moral y al sujeto perturbador por delito de lesiones. Al analizar el caso el Tribunal Supremo se plantea que el sujeto particular no puede ser condenado por delito de atentado por cuanto los agentes perdieron el carácter de agentes de la Autoridad debido a su comportamiento, haciéndolo con los siguientes razonamientos:

*“en los hechos declarados probados queda clara la pérdida de la consideración de su inicial condición de agentes de la Autoridad, que merecieron los recurrentes a causa de su conducta inapropiada y excesiva, que les hace acreedores de la autoría de un delito contra la integridad moral del ciudadano objeto de detención, calificación que, como más tarde razonaremos, habrá de confirmarse. Esa ausencia de merecimiento del respeto debido a quien actúa ejerciendo autoridad, aún como agentes de la misma, provocada por los propios funcionarios hace inviable la calificación de los hechos como delito de atentado, por tratarse el correcto ejercicio de las funciones policiales de un requisito previo imprescindible”.*⁴²⁴

Muy representativa es la STS 1200/1994, de 2 de junio, que se ocupa de un caso donde varios agentes policiales son requeridos para que se dirijan a un bar donde una persona está alterando el orden público. Al llegar al lugar los agentes sacan al exterior al alborotador al que golpean con las defensas en repetidas ocasiones marchándose del lugar. Momentos después el agredido vuelve al bar y aumenta el tono de crispación hacia el dueño del bar y los clientes, por lo que vuelven a ser requeridos los agentes, que proceden a su detención. El Tribunal Supremo analiza los hechos dividiéndolos en dos momentos, aludiendo a que en el primero de ellos los agentes actúan fuera del Derecho, con el siguiente razonamiento:

⁴²⁴ En el mismo sentido en las STS 191/1995, de 14 de febrero; STS 1294/94, de 24 de junio; STS 169/93, de 3 de febrero; SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 320/2011, de 15 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 29ª), nº 50/2009, de 9 de octubre; 13-11-92, se tratan supuestos donde los agentes pierden el carácter de agente de la Autoridad por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

*“a) No existió amparo en el primer incidente, cuando tras aplacarse los ánimos y satisfacer el importe de sus consumiciones los dos alborotadores, al salir a la calle los agentes les golpearon **sin motivo**, como afirma el hecho probado, ya que tal falta de causa hace que no exista en tal momento la condición básica de la **necesidad** del recurso a la fuerza, ni en abstracto ni en concreto. Se trata pura y claramente de una actuación innecesaria para el cumplimiento de su función y aun abusiva, que sitúa a los agentes acusados fuera del Derecho y debe hacerlos responder de las consecuencias típicas de su conducta. b) Por el contrario, en el segundo incidente, al ser requerida de nuevo su actuación ante la disposición agresiva, amenazante e insultante de Z. y G. A., los agentes requeridos volvieron a actuar dentro de su función de prevención del orden y cumpliendo un deber. Y la fuerza entonces utilizada venía impuesta en abstracto tanto por necesidades de repeler la agresión de aquellos sujetos con puñetazos y patadas, como «para reducir» a uno y otro. Y la necesidad medida en concreto fue también la racional, dadas las circunstancias del hecho y no excesiva, toda vez que el uso necesario de las defensas sólo produjo a los dos reducidos lesiones que precisaron una primera asistencia. No puede excluirse la aplicación de la eximente por el hecho de que los agentes perdieran con la ejecución del primer hecho -por el que fueron legalmente condenados como autores de sendas faltas de lesiones- su legitimidad al excederse y adoptar una conducta ajena a su función, por cuanto entre uno y otro hecho ha habido una solución de continuidad, todo había terminado y los acusados se habían marchado. Si regresaron fue porque de nuevo se requirió su intervención en su condición de agentes de la autoridad, esto es, para que ejercieran su función, ante la actividad de los dos lesionados, que se habían colocado fuera del derecho con su actitud agresiva, amenazando e insultando al guarda jurado del establecimiento, el que se había visto obligado inicialmente a llamar a la patrulla urbana y hubo de hacerlo de nuevo ante tal actitud. Por lo que los acusados estaban obrando en el ejercicio de sus funciones, tenían el deber de restablecer el orden e impedir que continuaran las amenazas y los insultos y fueron recibidos en forma agresiva por los dos ciudadanos, frente a lo que se hizo inevitable el uso de la fuerza, en la forma y circunstancias reseñadas, que no exceden de lo racional dadas las condiciones del caso.”⁴²⁵*

Esta desproporcionalidad en el desempeño de las funciones policiales supone actuar al margen de la habilitación legal y por tanto fuera de los cauces legítimos. Algunos autores como GÓMEZ BENÍTEZ, han señalado que las “*meras extralimitaciones*”, como las que acabamos de citar deberían suponer una inaplicación automática de la eximente, al aludir a que “*por esta vía se establece, en lo que se refiere a la conformidad a derecho del ejercicio violento del cargo, una especie de «escala gradual» de violencia ilegal, capaz de alterar*

⁴²⁵ En el mismo sentido el Auto 901/2006, de 16 de marzo, donde se aprecia que los agentes no deben perder el carácter de agente de la Autoridad.

dicha conformidad a derecho exclusivamente a partir del grado o estado de «grave».⁴²⁶

Desde el punto de vista de la dogmática penal, a efectos de poder aplicarse al mayor número de casos posibles, y sin perjuicio de que la mayor parte de los supuestos son los referidos a actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, considero que el requisito cuyo análisis concluimos aquí, debería tener la siguiente redacción: sujeto habilitado por la Ley para la utilización de la coacción o fuerza en el ejercicio de sus deberes. De esta forma tendrían cabida otras personas que podrían beneficiarse de la eximente, incluso para otras posibilidades futuras, donde quedaría además situado el principio de habilitación legal como núcleo esencial. Este requisito se configuraría así en elemento indispensable para poder aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Si el sujeto no dispone de habilitación legal para poder utilizar la coacción o la fuerza o violencia, la eximente no podría aplicarse ni en su forma completa ni incompleta.

2.2.- Conducta en el marco efectivo de funciones del cargo.

Al contrario de lo que sucedía con el requisito anterior, la doctrina sí ha precisado o desarrollado este criterio, poniendo de relieve, como señala MIR PUIG que *“debe entenderse en un sentido no sólo orgánico, de posesión de la condición, sino también funcional, que exige que el sujeto se halle en el momento del hecho ejerciendo su cargo.”*⁴²⁷

⁴²⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1980, p. 23.

⁴²⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 497. En esta línea se han pronunciado también MORALES PRATS, F. “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...Opus cit.*, p. 252; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^o”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 227; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7^o CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias...Opus cit.*, p. 227; SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE

En este sentido, la STS de 17 de mayo de 1988⁴²⁸, al analizar este requisito lo desarrolla en el sentido siguiente:

“a) Que es necesario que los agentes de la autoridad, para que estén legitimados para el uso de la violencia institucional, se hallen cumpliendo unos deberes que su cargo o función les imponga. Dicho de otra manera, no basta con que estén «de servicio» y como tal vistiendo uniforme y circulando en un vehículo propio de su función y dotado de los medios indicativos de ello. Necesariamente ha de sobreañadirse un plus representado por el dato último de cuál sea su función específica. Esta primera nota es, pues, la decisiva y a la vez se descompone en dos: 1 Que su actuación esté dentro del círculo normativo que la reglamente como propia. 2 Que aun no estándolo obedezca a una subsidiariedad impuesta por la precisión de evitar la producción de un mal superior al que se trata de evitar”.

Como puede apreciarse de la redacción de esta resolución, el núcleo esencial del ejercicio efectivo del cargo está en íntima conexión con el cumplimiento del deber asignado por la Ley, bien de forma específica como hemos visto en el epígrafe anterior, o bien, de forma genérica tal y como se puede extraer para los componentes de las FCS del artículo 104 CE que consagra la misión de *“proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”*. No obstante, en este punto hay que decir que es preferible la mayor concreción posible en la asignación de funciones a los agentes policiales y así, de esta forma, contribuir a una mayor seguridad jurídica tanto para el ciudadano como para los propios agentes. El precepto además menciona que el mal que se quiere evitar sea mayor que el que se pueda infligir, con una referencia clara al principio de ponderación de intereses que veremos más adelante.

QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial El Derecho. 2ª edición. Madrid, 2011, p. 105; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010...Opus cit.*, p. 92; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. Mª (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, E. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, p. 324, entre otros.

⁴²⁸ En este sentido RECIO JUÁREZ, M., “La exigente del número 11 del artículo 8 del Código Penal de cumplimiento del deber en su aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad públicos”...*Opus cit.*, pp. 661-662.

Entiendo que también se incluyen aquí, como menciona la STS de 6 de marzo de 1990, además de los supuestos de actuación del agente en el ejercicio efectivo de las funciones de su cargo, los que se efectúen “con ocasión de ellas”, refiriéndome a los casos en los que se actúa “sufriendo las consecuencias de haberlas ejercido”. Son ejemplos habituales de este supuesto los casos de agentes que encontrándose fuera de servicio deben identificarse al haber observado algún tipo de infracción dentro de sus deberes, o bien cuando son reconocidos como tales por alguna persona cuando no se encuentran de servicio. Sobre estos supuestos citaremos diversas resoluciones en las próximas páginas, si bien podemos adelantar que para que la eximente pueda ser aplicada es esencial que el agente se identifique como tal motivado por la obligación de cumplir con su cargo. Así, en el momento en que muestra su identificación como agente policial al objeto de cumplir con su deber en base a los presupuestos objetivos que se presentan en la actuación concreta y que vienen exigidos por la Ley, puede considerarse que éste está desempeñando sus funciones en el ejercicio efectivo del cargo tal y como se exige.

Obviamente, a partir de esta precisión surge de inmediato la problemática que puede presentar este criterio, que no es otra que la atinente a los supuestos de ejercicio del cargo estando fuera o libre de servicio⁴²⁹, fuera de la demarcación territorial⁴³⁰ o por motivos privados o personales.⁴³¹ Este

⁴²⁹ Esta problemática la han planteado MORALES PRATS, F. “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...Opus cit.*, p. 252; CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, p. 28; SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial El Derecho. 2ª edición. Madrid, 2011, p. 105; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, p. 324; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “Art. 20.7”, en CONDE-PUMPIDO, C. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 238; RODRÍGUEZ RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20. 7º CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias...Opus cit.*, p. 227.

⁴³⁰ Las posibles consecuencias de actuar fuera de la demarcación ha sido señalada por CERVELLO, p. 29; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “Art. 20.7”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador).

último estrechamente vinculado al significado del elemento subjetivo en las causas de justificación como veremos. Precisamente son estos aspectos los que más han preocupado a la doctrina y a la práctica diaria de los órganos jurisdiccionales como veremos.

a) Actuaciones fuera de servicio.

Por lo que respecta a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, hay que señalar la previsión que, sobre este asunto, realiza el artículo 5.4 LOFCS, que bajo el título “*Dedicación profesional*”, establece que “*deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana*”.

Hay que tener en cuenta que este precepto está integrado entre los denominados principios básicos de actuación, cuyos destinatarios son todos los integrantes de las FCS, tanto estatales, como autonómicas como locales. A la vista de la redacción de este precepto parece claro que se despeja cualquier duda referente al ámbito temporal y espacial de actuación de las FCS, es decir, que están habilitados legalmente para actuar estando o no de servicio, y también pueden actuar estando o no en su demarcación territorial, con los únicos límites de que la actuación se efectúe en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana, conceptos que como ya vimos son muy amplios e imprecisos, por cuanto casi cualquier situación podría habilitar a los agentes a

Comentarios al Código Penal... Opus cit., p. 238; RODRÍGUEZ RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20. 7º CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias... Opus cit.*, p. 227.

⁴³¹ Consideran que queda fuera del ámbito de la eximente el haber actuado por motivos particulares o fines privados, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7º”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 227; CERVELLÓ DONDERIS, V. “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, p. 28; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 151, menciona que las funciones del cargo previstas legalmente suponen una “*legitimación de origen que elimina de este ámbito (e inclusive puede convertir en delitos agravados tales intervenciones, por ejemplo, intromisiones en la intimidad o allanamientos de morada, arts. 198 y 204) actividades privadas encubiertas en su condición de funcionario o autoridad.*”

actuar. Este criterio clarificador se refuerza además para el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 11 LOFCS que establecen que estos Cuerpos tienen competencia en todo el territorio nacional y aunque delimita ámbitos de actuación territorial, previene que pueden alterarse cuando lo requiera la debida eficacia de la actuación. La especial situación del colectivo policial es la que se recoge en la STS de 19 de octubre de 1992, al apreciar que:

*“Tercero: Ha de señalarse la existencia de una clara diferenciación entre aquellos actos desarrollados por el servidor del Estado (integrante o no de las Fuerzas de Seguridad) durante la actuación profesional vulneradora de las normas legales y reglamentarias, o los principios básicos, en el desempeño de sus obligaciones, de una parte, y todo aquello que no se desenvuelve dentro del ámbito competencial oficial, es decir, en el estricto terreno particular, fuera del servicio, cualquiera que sea la naturaleza de los actos. Sin embargo, las Fuerzas de Seguridad se rigen, en este sentido, por unos condicionantes distintos de los demás funcionarios en general, puesto que en éstos, conforme a lo acabado de exponer, es fundamental separar los actos realizados en el ejercicio de la profesión de aquéllos que se produzcan en horas «franco de servicio». La actuación del Agente de la Policía presenta matices especiales. Tiene horas y días libres para dedicarlos a su vida íntima o particular (también familiar y comunitaria), gozando así de períodos de descanso durante cuyo curso los delitos y faltas que cometen, y que no se hallen relacionados con el ejercicio de las funciones que les son propias, o de su condición pública, no originan ni generan responsabilidad civil subsidiaria del Estado (S 28 Nov. 1989). Al hablar de funciones inherentes a la condición pública se está señalando aquellas «ineludibles obligaciones generales» a que el servicio permanente se refiere. Es la «total dedicación», «se hallaren o no de servicio», interviniendo siempre «en cualquier tiempo o lugar», para defender la Ley, la seguridad ciudadana o el orden, de que habla la Ley concreta que a continuación se dirá. **Cuarto:** El Policía, según se desprende del art. 5.4 LO 2/1986 de 13 Mar. (LA LEY 619/1986), en relación con el art. 4.4 L 55/1978 de 4 Dic. (LA LEY 2312/1978), reencuentra su relación vinculante con el Estado, dentro de lo anteriormente expuesto, en los períodos libres, cuando obligatoriamente ha de intervenir, en el cumplimiento de sus deberes, para mantener o reestablecer el orden público, para velar por la seguridad de las personas o de las propiedades, para aprehender a presuntos delincuentes, para auxiliar a las víctimas en general o para, finalmente, recuperar los objetos del delito, aunque todo ello acontezca en ese período denominado «franco de servicio»”.*

Esta es la línea que se sigue por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones⁴³², entre las que se cita como ejemplo la STS 2135/1994, de 7 de

⁴³² Otras resoluciones han tratado esta problemática de actuaciones de los componentes de las FCS fuera de servicio, como por ejemplo las SSTS 263/2008, de 20 de mayo; 23 de noviembre de 1998; 5 de noviembre de 1998; 14 de mayo de 1998; 2 de octubre de 1997; 14 de febrero de 1997; 6 de julio de 1994; 19 de octubre de 1992; 14 de junio de 1988; 4 de marzo de 1988, entre

diciembre, que se ocupa de un supuesto donde un policía nacional franco de servicio, que iba acompañado por otro agente también fuera de servicio, al percatarse de que un individuo había robado el bolso a una señora iniciaron una persecución de esta persona, identificándose como policías en el transcurso de la misma y observando como el delincuente amenaza a una menor poniéndole un cuchillo en el cuello diciendo que la va a rajarse, momento en el que uno de los policías hace uso de su arma contra esta persona, hiriendo a una tercera persona que fallece a consecuencia del disparo. La Audiencia Provincial de Madrid, condenó al policía por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y el Tribunal Supremo le aplica la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber con los siguientes razonamientos:

“en el caso presente el recurrente, que en el tiempo de ocurrir los hechos era policía nacional y se encontraba aquel día y momento franco de servicio, al observar que en la vía pública un hombre había arrebatado el bolso a una viandante, inició en unión de un compañero que le acompañaba la persecución del autor del hecho. Hay que tener en cuenta que la Ley de la Policía 55/1978, de 4 diciembre (RCL 1978\ 2657 y ApNDL 11033), vigente en el ya lejano momento de ocurrencia de estos hechos, indicaba que los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado, considerándose un servicio permanente, tienen la obligación de intervenir en todos los hechos y circunstancias que lo reclamen (artículo 4.4) señalando también esa misma Ley que en cumplimiento de sus misiones los Cuerpos de Seguridad del Estado tenían, entre otras, la función de detener a los presuntos culpables de delito (artículo 2.º 2). En principio el recurrente y su compañero al actuar estaban obrando en el cumplimiento legítimo de su profesión cuando iniciaron la persecución de un presunto delincuente, para cuya captura era preciso en términos abstractos el uso de alguna forma de violencia física, porque el individuo que había arrebatado el bolso momentos antes, escapaba y demostraba claramente su profesión de no dejarse coger, aumentando de punto esa necesidad cuando, en la huída, se apoderó de la persona de una menor a la que amenazó con «rajarse» y a la que de hecho amenazaba poniendo un cuchillo al cuello, momento en el que el recurrente comenzó a disparar el arma que portaba, pero al hacerlo así se observa una desproporción en la utilización del arma, porque la presencia de personas en la vía pública en que los hechos tenían lugar y que podían ser alcanzadas por los disparos, determinaba que no se debiera recurrir a uso de las armas, actividad que en concreto no era la necesaria a adoptar, por lo cual, procede evaluar la conducta del recurrente como una circunstancia

otras.; 2135/94, de 7 de diciembre; 6 de julio de 1994; 24 de enero de 1994; STS de 19 de octubre de 1992; 20 de febrero de 1992; 20 de abril de 1990; 14 de junio de 1988; Así como la SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 320/2011, de 15 de noviembre y SAP de Madrid (Sección 29ª), nº 50/2009, de 9 de octubre, entre otras.

meramente atenuante de su responsabilidad penal, sin poder alcanzar por ello aspectos eximentes”.

b) Actuaciones fuera del territorio o demarcación:

Cabe apreciar aquí, que las actuaciones fuera de servicio como la que acabamos de citar suelen estar asociadas a que las mismas se efectúen fuera del ámbito territorial de competencias. Es fácilmente asumible que un agente que se encuentra libre de servicio y se ha trasladado a otra localidad a disfrutar de su descanso, sea en este contexto espacio-temporal donde se le presente una situación en la que deba actuar cumpliendo con su deber. No presentan mayores inconvenientes respecto de estos supuestos, los casos de los miembros de la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, que al acogerse al artículo 5.4 LOFCS referido a la dedicación profesional pueden actuar, pero no ocurre lo mismo con las policías autonómicas y locales.

También la STS de 23 de noviembre de 1998 se ocupa de un asunto protagonizado por un agente del CNP en Segunda Actividad que hace uso de su arma de fuego particular, tras mantener una discusión con el conductor de otro vehículo porque le impedía pasar y aparcar su coche, sacó su arma y disparó contra éste, que falleció a los pocos días. El agente alega haber actuado en legítima defensa. Por lo que respecta al asunto de haber actuado estando ya pre-jubilado y por tanto fuera de servicio, el Tribunal Supremo no hace ninguna alusión en este sentido. Considerando que la inaplicación de la eximente se debe a que no concurren los requisitos para ello, llegando a afirmar que:

“la profesión de policía del autor, en quién es lógico presumir un adecuado control en la utilización de armas de fuego”.

Efectivamente, este panorama, *a priori* despejado, se empaña a tenor de lo dispuesto en los artículos 42 y 51.3 LOFCS. El primero de ellos está referido a los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas, en el que se regula que *“los cuerpos de policía de las comunidades autónomas sólo podrán actuar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma respectiva,*

salvo en situaciones de emergencia, previo requerimiento de las autoridades estatales. No obstante, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades públicas de la comunidad autónoma, podrán actuar fuera del ámbito territorial respectivo, previa autorización del Ministerio del Interior y, cuando proceda, comunicación al órgano de gobierno de la comunidad autónoma correspondiente, con las condiciones y requisitos que se determinen reglamentariamente.” El artículo 51 está referido a los componentes de la Policía Local de forma idéntica señala que *“dichos cuerpos sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes. No obstante, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la comunidad autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha comunidad autónoma”*.

Estos preceptos introducen una duda sobre la actuación de los agentes de policía dependientes de la Comunidad Autónoma y de la Corporación Local, ya que de su redacción pueden extraerse dos interpretaciones diferentes. La primera sería que los agentes podrían actuar en todo tiempo y lugar siempre que lo hagan dentro del territorio propia de la Comunidad Autónoma o del término municipal en el caso de la PL. La segunda interpretación estaría dirigida a que estos agentes podrían actuar en todo el territorio nacional si la situación lo requiere (casos de emergencia en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana), independientemente de su destino y servicio.

Aunque la mayoría de la doctrina no ofrece una solución a esta problemática y se limita a citar la solución a la que ha llegado el Tribunal Supremo en sus resoluciones, y que ahora veremos, algunos autores como CERVELLÓ DONDERIS opinan que la redacción de estos preceptos *“da lugar a entender que más allá de este territorio habrá incompetencia absoluta y por tanto actuarán como particulares”*, adscribiéndose claramente a la primera de las interpretaciones posibles como hemos apuntado, que dejaría la susodicha

situación extramuros de la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. En sentido contrario se han pronunciado otros autores como OLMEDO CARDENETE al afirmar que “no es necesario que el funcionario esté de servicio” para poder actuar legítimamente y aplicar la citada eximente.⁴³³

El asunto de las actuaciones fuera del ámbito territorial ha tenido su tratamiento por la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, la Sentencia nº 81/1993, de 8 de marzo, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 1/1989, de 8 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía, establece que:

“De otra parte, la actuación de las Policías Locales fuera de su término municipal es un acto absolutamente excepcional, de acuerdo con la Ley Orgánica mencionada, y no un supuesto regular y habitual, como lo configuran los apartados f) y g) del art. 7.1 de la Ley 1/1989. Además, este supuesto excepcional en la normativa estatal está condicionado a la existencia de una situación de emergencia y al previo requerimiento de las autoridades competentes, que, dada la competencia exclusiva estatal en materia de seguridad pública, según el art. 149.1.29 C.E., no podrán ser otras que las propias del Estado recogidas en las normas reguladoras de este tipo de situaciones excepcionales (Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio y Ley de Protección Civil).”

A tenor de esta resolución, el TC establece un criterio muy claro con una sola excepción. Esta sentencia asienta la prohibición de que los agentes de Policía Local puedan ejercer sus funciones fuera del ámbito territorial del municipio respectivo. Solo cabe una excepción: que hayan sido requeridos por la Autoridad competente en casos de emergencia, al haberse decretado alguno de los estados de alarma, excepción o sitio, o dentro del ámbito de situaciones que contempla la Ley de Protección Civil.⁴³⁴

⁴³³ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 519. En el mismo sentido se han pronunciado, MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 252; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 213.

⁴³⁴ En este caso y por venir así regulado en el artículo 30.4 CE, sería en los supuestos de “grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”.

No obstante, la propia LOFCS, contiene diversos preceptos que permiten la actuación de la Policía Local fuera del término municipal.⁴³⁵ Así, el artículo 53.3, párrafo segundo, al hablar de los servicios de protección de autoridades, permite que puedan desempeñarlas fuera del término municipal, siempre que sea “*en el ámbito territorial de dicha comunidad Autónoma*”. En base a esta previsión, si un Presidente autonómico o Alcalde, viaja a Madrid para mantener una reunión oficial, ¿no podría acompañarle uno de los agente de la Policía Local que habitualmente realice funciones de escolta? Parece que esto tiene poco sentido. Otra de los preceptos que prevé la actuación fuera de la demarcación territorial, en este caso únicamente para la Policía Local, es el caso de la asociación de municipios limítrofes para prestarse colaboración en materia de Policía Local.⁴³⁶ Este es el caso del que se ocupó la Sentencia nº 85/1993, de 8 de marzo, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, con citas de otras, al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 16/1991, de 10 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Cataluña, menciona que:

“En cuanto al párrafo tercero, que estipula que «en casos de necesidad, los Municipios limítrofes, previa autorización del Consejo de Gobernación, pueden suscribir acuerdos de cooperación entre sus Policías», cabe sin esfuerzo una interpretación del mismo conforme al bloque de la constitucionalidad. En efecto, lo que la LOFCS prohíbe es la creación de Policías Locales supramunicipales y la actuación de los Cuerpos de Policía Municipal fuera del ámbito territorial del Municipio respectivo «salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las Autoridades competentes». Pues bien, en el precepto impugnado no se prevé ni la creación de Policías supramunicipales, ni la actuación extraterritorial de los Cuerpos de Policía Municipal. En dicho artículo caben perfectamente fórmulas de colaboración y cooperación entre Cuerpos de Policía Municipal que no entrañen ningún tipo de actuación extraterritorial -

⁴³⁵ Todos los argumentos referidos a las actuaciones de la Policía Local fuera del ámbito territorial pueden hacerse extensivos a los casos de los componentes de las Policías Autonómicas (Ertzaintza, Mossos d'Esquadra y Foral de Navarra), ya que la propia LOFCS contiene idénticos preceptos referidos a estos últimos.

⁴³⁶ El supuesto al que hace referencia esta resolución es el contemplado en la Disposición Adicional Quinta de la LOFCS, que referida a la “*colaboración para la prestación de servicios de policía local*”, establece que “*en los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los Cuerpos de Policía Local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de éste o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía.*”

como ha señalado este Tribunal respecto de un precepto análogo de la Ley de la Comunidad de Madrid de Coordinación de Policías Locales [STC 52/1993 (RTC 1993\52)]- e incluso -al referirse a la cooperación entre «sus Policías»- caben mecanismos de colaboración basados en la adscripción o transferencia temporal de efectivos de la Policía Municipal individualmente considerados - instrumento que este Tribunal ha considerado acorde con lo previsto en la LOFCS [SSTC 81/1993 (RTC 1993\81) y 86/1993 (RTC 1993\86)]. En definitiva, en nada se opone el párrafo impugnado a lo establecido por la LOFCS y, en consecuencia, debe rechazarse la solicitud de inconstitucionalidad por incompetencia que se insta”.

Alude esta resolución a los supuestos de adscripción temporal e individualizada de agentes de un municipio al municipio colindante por razones de colaboración y eficacia. Así el hecho de que el agente se encuentre encuadrado orgánicamente en otro Ayuntamiento no hace quebrar el principio de la no actuación fuera del territorio, pero si analizamos la previsión contenida en la DA 5ª LOFCS, podemos apreciar que prevé la asociación de municipios para “la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley”, sin referencia alguna al ámbito orgánico, sino más bien, al ámbito funcional. En mi opinión, y a tenor de la previsión legal contenida en este precepto, sería perfectamente posible que un policía local integrado orgánicamente en un municipio prestara sus “funciones” en el término municipal contiguo con la autorización correspondiente en los términos del propio precepto.

Dicho esto, considero que aferrarse a la idea de negar con carácter absoluto el ejercicio de funciones fuera de la demarcación territorial por los Cuerpos de policía que la tienen atribuida puede conducir a cercenar la garantía de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana por las FCS.

Para poder analizar, siquiera brevemente, esta cuestión hay que acudir a la regulación que, en relación a las funciones de las FCS como Policía Judicial, hace el ordenamiento jurídico.⁴³⁷ En primer lugar, la LOPJ, según el mandato

⁴³⁷ Para profundizar en este asunto véase MARTÍNEZ PÉREZ, R. *Policía Judicial y Constitución*. Editorial Aranzadi. Elcano, 2001; BARCELONA LLOP, J. *Policía y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1997, pp. 313 y ss; DOMÍNGUEZ VIGUERA, M., “Policía Judicial y Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Diario la Ley*, tomo 1, 1987, pp. 1001 y ss; NAVAJAS RAMOS, L., “Policía Judicial. Composición, funciones y principios de actuación. Unidades Orgánicas de Policía Judicial: su dependencia funcional y orgánica”, en *Eguzkilore*, nº 13, 1999, pp. 117-156. También se ocupan de tratar la regulación de la Policía Judicial y los sujetos a los que alcanza, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R / ALBACETE

previsto en el artículo 126 CE, como ya vimos, configura la Policía Judicial como una función genérica, en su artículo 547, al regular que *“la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”* o con carácter de estricta según lo previsto en el artículo 548 LOPJ, a través de las UOPJ, que únicamente pueden estar integradas por componentes de las FCSE (Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía). Se completa esta primera aproximación con la previsión contenida en el artículo 550.2 LOPJ, que determina que *“los funcionarios de Policía Judicial a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias a que se refiere el artículo 547 de esta ley, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente”*. También existe una referencia al ámbito territorial en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determina que *“la Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación”*.

Por último, en el mismo sentido se expresa el artículo 29 de la LOFCS al establecer que: *“1. Las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo. 2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador*

CARREÑO, A., “Policía Judicial. Especial referencia a la Policía Local como Policía Judicial”, en *Diario La Ley*, nº 7983, 2012; ALONSO PÉREZ, F., “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando causa por delito”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1998, p. 5; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 2001, pp. 5 y ss.

*de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales”.*⁴³⁸

A la vista del tenor de estos preceptos, se podría concluir que se desprende de ellos un claro ánimo de circunscribir estas actuaciones al ámbito territorial competencial de cada Cuerpo.

No obstante ello, y reiterando la idea de que la Policía Judicial se define no como un Cuerpo sino como una función, debemos mencionar aquí, por su clara aplicación a los supuestos de actuación fuera del término municipal de la Policía Local, las apreciaciones introducidas por la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, de la FGE, referida a los miembros del SVA como Policía Judicial, que en su apartado III, establecía que *“la LOFCS a partir de la atribución que la LOPJ efectúa en el art. 443 procede a distribuir material y geográficamente la competencia entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado -art. 11 y 12- e implanta el criterio de su primacía sobre los miembros de las Policías Autonómicas y Locales -art. 29.2. Policías Locales y Autonómicas se constituyen en colaboradores o partícipes -arts. 29.2, 38.2.b y 53.1.e) de una*

⁴³⁸ Ya en el pasado se produjeron algunas situaciones anómalas en relación a la investigación de delitos por algunos Cuerpos de Policía Local, como la que refiere DOMÍNGUEZ VIGUERA, M. “Policía Judicial y Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Diario La Ley*, tomo 1. 1987, p.1008, que apunta que *“los Cuerpos Locales, a los que también alude la LOPJ como integrantes, genéricamente, de la Policía Judicial, de la misma forma que los integraba en la misma la LECrim., nunca pueden, orgánicamente, integrarse en unidades de Policía Judicial con dependencia funcional de Jueces y Tribunales, salvo el requerimiento directo. Estos cuerpos debe entenderse que son meros auxiliares o colaboradores en la investigación criminal. Ocurre, en relación con ellos –como en el caso de la provincia de Álava- que por razones de tipo político se han creado en el seno de los mismos unas llamadas Unidades de Investigación que, con absoluta autonomía y desconexión de la Comisaría de Policía, han actuado en funciones de Policía Judicial, en algunos casos con agentes armados y sin uniforme. Ello motivó una consulta formal, seguida de otras, del Comisario Provincial de la Policía –antiguo Cuerpo Superior- que provocó un Acuerdo de la Junta de Gobierno de aquella AP fecha 29 de junio de 1982, en el sentido de que la Policía Municipal debería canalizar su actuación, sólo en cuanto Policía Judicial, a través del Cuerpo Superior de Policía, con sustento en los arts. 283 LECrim., 1, 2 y 9 de Policía de 1978, y 6 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de julio de 1975. Aun cuando los preceptos citados eran preconstitucionales, lo cierto es que la actual LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ha venido a dar la razón a la Audiencia de Vitoria, ya que, en funciones de Policía Judicial, las Policías Municipales sólo tendrán el carácter de cuerpos auxiliares o colaboradores y siempre deberán vestir el uniforme reglamentario, igual que los miembros de los Cuerpos de Policía de las CC. AA., como se deduce con claridad de lo prevenido en los artículos 52.1 y 41.3 de la LO 2/1986, de 13 de marzo.”*

función cuyo ejercicio prioritario se atribuye a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado -art. 11.1.g- que actúan la competencia mediante unidades constituidas sobre criterios de especialización y exclusividad -art. 29.1-. La simplicidad del sistema propicia cierto equívoco, y conviene por ello hacer dos puntualizaciones relacionadas con la posición sistemática que ocupa esta Ley en el conjunto del ordenamiento jurídico aplicable a la seguridad pública y más pormenorizadamente a la configuración del marco legal de desarrollo del art. 126 Constitución Española. En primer lugar hay que decir que la primacía de las unidades orgánicas de la Policía judicial y en general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no implica dependencia orgánica ni funcional de los restantes Cuerpos respecto de ellos. No hay subordinación, pues cada Cuerpo de Seguridad tiene su adscripción o dependencia administrativa definida, ni cabe hablar de dependencia funcional, pues la única dependencia de esta naturaleza constitucionalmente admisible es la debida a Jueces, Magistrados y Fiscales. En segundo lugar, las notas de especialización y exclusividad de ejercicio que caracterizan estas unidades no constituyen en su beneficio un monopolio de la función, porque los títulos legales que habilitan el ejercicio de la competencia son plurales y no se agotan en las previsiones internas de la LOFCS sino que comprenden ciertos Estatutos de Autonomía de vigencia previa a la Ley -disposiciones finales 1ª, 2ª y 3ª- y otras normas externas que verifican una atribución explícita de la competencia en favor de órganos y Autoridades no integrados en el sistema de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En rigor, la LOFCS no es Ley de Policía judicial, sino una Ley de desarrollo de la competencia estatal de seguridad pública asignada directamente en el art. 104 Constitución Española y en el aspecto territorial en el art. 149.1.29ª Constitución Española, lo que motiva que la incidencia de esta Ley en la materia regulada en el art. 126 Constitución Española tenga un carácter en cierto modo reflejo, pues al no constituirse en España un cuerpo orgánico de Policía judicial, la función de Policía judicial ha pasado a ser un aspecto parcial y limitado de la competencia general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. El marco legal previsto en el art. 126 CE no se agota por lo tanto en la LOFCS sino que admite la coexistencia de textos legales que componen mediante yuxtaposición diversos títulos legales

habilitantes para el ejercicio de la función entre los que la LOFCS ocupa una posición principal pero no excluyente..”

Pueden extraerse de esta argumentación jurídica algunas notas importantes para el caso que nos ocupa. En primer lugar, y tal y como venimos aduciendo, la Policía Judicial no es un Cuerpo policial sino una función, y por ello los integrantes de las diferentes FCS como Policía Judicial en el sentido genérico que le otorga el artículo 547 LOPJ, pueden estar integrados orgánicamente en un lugar y desempeñar esta función bajo la dependencia de Jueces, Magistrados y Fiscales, al margen de esta estructura orgánica, y por ello, es posible que sea necesario realizarlas fuera de su demarcación territorial. Esta idea guarda relación con la mención que la consulta transcrita hace de la *“dependencia administrativa definida”* para cada Cuerpo de Seguridad, en contraposición a la funcional. Otro de los aspectos esenciales, es el hecho de que las funciones de Policía Judicial de las policías autonómicas y locales son en el estatus de colaboración no el de subordinación por lo tanto se entiende que no es exigible que dichas funciones se deban realizar bajo el mando o de forma simultánea con miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Como decíamos, era importante hacer esta breve mención acerca de la regulación de la Policía Judicial, ya que el Tribunal Supremo se apoya en ella para otorgar título de legitimidad a las actuaciones de los agentes policiales con una competencia territorial determinada, como es el caso de los agentes pertenecientes a los Cuerpos de la Comunidad Autónoma o de las Corporaciones Locales y que lo hacen fuera de su territorio o demarcación.

Así, la 975/2000, de 5 de junio, referida a miembros de la Guardia Urbana de Barcelona que vigilan a un individuo y se introducen en el término de Hospitalet, y le detienen con droga; a raíz de lo cual es condenado. La defensa del condenado recurre por falta de competencia territorial de los agentes⁴³⁹ y el TS alega que:

⁴³⁹ En el mismo sentido pueden verse las SSTS de 14 de abril de 1998.

“es cierto, por consiguiente, que la Policía Local de Barcelona practicó la detención fuera del ámbito territorial de su municipio, aunque dando cuenta inmediatamente a la Policía Nacional de Hospitalet, y no es cierto, por el contrario, que retuvieran a los detenidos más allá del tiempo estrictamente necesario para instruirles de sus derechos, sin que, por lo demás, realizasen otra operación con la sustancia intervenida que la de su pesaje en una Farmacia de Guardia. La actuación de la Policía Local de Barcelona, en los verdaderos términos que se realizó, no lesionó derecho fundamental alguno del recurrente por lo que carece de fundamento la pretensión de que no deban surtir efecto las pruebas proporcionadas por dicha actuación. Los funcionarios de dicho Cuerpo, que de acuerdo con el art. 283.5º LECr tienen la condición de Policía Judicial, y de acuerdo con los arts. 29.2 y 53.1 e) LOFCS deben participar en las funciones de Policía judicial colaborando con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, practicaron correctamente la detención de los acusados por haberlos sorprendido "in fraganti" cuando iban a entregar a otro individuo una bolsa en que se contenían 467,7 gramos de heroína, poniéndolos a disposición de la Policía Nacional tan pronto los identificaron e instruyeron de los derechos que como detenidos tenían, sin que les recibieran declaración ni practicasen diligencia alguna de investigación, por lo que, desde el punto de vista estrictamente funcional, no puede decirse que excediesen sus competencias. Y aunque es cierto que la detención fue practicada, no en el término municipal de Barcelona sino en el de Hospitalet, no lo es menos que la misma fue inmediatamente puesta en conocimiento de la Comisaría de Policía de Hospitalet que, a partir de ese momento, tuvo en las actuaciones a la Policía Local de Barcelona como colaboradora y ejerciendo las funciones que aquélla le delegó. Pero, con independencia de que ninguna irregularidad se aprecia en el comportamiento de los agentes que descubrieron el ilícito tráfico, lo realmente decisivo, para rechazar la impugnación formulada en este motivo, es que no habiéndose vulnerado por aquéllos derecho o libertad fundamental alguno del recurrente -aun en la hipótesis de que la Policía Local de Barcelona hubiese incurrido en una irregularidad realizando la detención fuera del término municipal de dicha Ciudad ningún derecho del recurrente habría sido vulnerado- no hay razón que permita expulsar del procedimiento las pruebas obtenidas mediante su actuación”.

Como conclusión a este asunto, considero que la solución a esta controversia está contenida en la Exposición de Motivos de la propia LOFCS que alude a que *“la existencia de varios colectivos policiales que actúan en un mismo territorio con funciones similares y, al menos parcialmente, comunes, obliga necesariamente a dotarlos de principios básicos de actuación idénticos y de criterios estatutarios también comunes, y el mecanismo más adecuado para ello es reunir sus regulaciones en un texto legal único que constituye la base más adecuada para sentar el principio fundamental de la materia: el de la cooperación recíproca y de coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a todas las esferas administrativas.”* En mi opinión, la LOFCS como verdadero estatuto policial, tuvo que resolver la concurrencia en el mismo territorio de diversos Cuerpos policiales con funciones muy similares y

distribuir las competencias territoriales y materiales de todos estos colectivos, al objeto de ordenar, clarificar y diseñar el mapa policial de nuestro país. Es por ello, que establece competencias territoriales para las policías autonómicas y locales, por cuanto son Cuerpos pertenecientes a estos ámbitos. Pero entiendo que son normas que intentan dotar de reglas competenciales genéricas, aunque luego, según el supuesto específico y con los requisitos previstos pueden moldearse en el caso concreto. No hay que olvidar que la competencia territorial no es un asunto atribuido únicamente a estos Cuerpos autonómicos y locales; a los Cuerpos de ámbito estatal y con competencia en todo el territorio nacional, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía, también se les asigna un ámbito territorial de competencias en el artículo 11 de la LOFCS, y también se contienen previsiones en caso de alterar dicha competencia territorial.⁴⁴⁰ Por ello considero que la actuación de las FCS fuera del ámbito territorial que tengan atribuido siempre que sea por título legal habilitante en

⁴⁴⁰ El artículo 11 de la LOFCS, dispone: “2. *Las funciones señaladas en el párrafo anterior serán ejercidas con arreglo a la siguiente **distribución territorial de competencias:** a) **Corresponde al Cuerpo Nacional de Policía** ejercitar dichas funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine. b) **La Guardia Civil** las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial. 3. **No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía podrán ejercer las funciones de investigación y las de coordinación de los datos a que se refieren los apartados g) y h) del número 1 de este artículo, en todo el territorio nacional. La Guardia Civil, para el desempeño de sus competencias propias, podrá asimismo realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional, cuando ello fuere preciso. En todo caso de actuación fuera de su ámbito territorial, los miembros de cada Cuerpo deberán dar cuenta al otro de las mismas.** 4. Sin perjuicio de la distribución de competencias del apartado 2 de este artículo, ambos Cuerpos deberán actuar fuera de su ámbito competencial por mandato judicial o del Ministerio Fiscal o, en casos excepcionales, cuando lo requiera la debida eficacia en su actuación; en ambos supuestos deberán comunicarlo de inmediato al Gobernador civil y a los mandos con competencia territorial o material; el Gobernador civil podrá ordenar la continuación de las actuaciones o, por el contrario, el pase de las mismas al Cuerpo competente, salvo cuando estuvieren actuando por mandato judicial o del Ministerio Fiscal. 5. En caso de conflicto de competencias, ya sea positivo o negativo, se hará cargo del servicio el Cuerpo que haya realizado las primeras actuaciones, hasta que se resuelva lo procedente por el Gobernador civil o las instancias superiores del Ministerio del Interior, sin perjuicio de lo dispuesto para la Policía Judicial. 6. Al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, el Ministerio del Interior podrá ordenar que cualesquiera de los Cuerpos asuma, en zonas o núcleos determinados, todas o algunas de las funciones exclusivas asignadas al otro Cuerpo.” Se han destacado en negrita los aspectos más relevantes para apreciar este asunto.*

cuanto al motivo de dicha actuación, no puede suponer la exclusión de la aplicación de la eximente. De ser así, supondría una merma en la misión encomendada a las FCS y que proclama el artículo 104 CE, y también negar razones de política criminal y eficacia policial. Pensemos por ejemplo en el caso de un presunto delincuente que acaba de perpetrar un robo con violencia e intimidación en una entidad bancaria, y huye en un vehículo, siendo perseguido por los agentes. Si el atracador entra en otro término municipal, es contrario a todos los motivos que acabamos de mencionar, que los agentes paren, o llamen u otras dotaciones limítrofes, cuando en estos casos la inmediatez es fundamental. Obviamente, será en este tipo de supuestos excepcionales, cuando una patrulla podrá actuar en otro término municipal y no de forma habitual. Dicho esto, hay que añadir, que las actuaciones arbitrarias o sin apoyo legal suficiente en este sentido también deberán conllevar la pérdida de esta protección o estatus policial que brinda el ordenamiento jurídico.

c) Actuaciones por motivos ajenos a la función:

En relación a los casos en los que los agentes actúan por motivos particulares o fines privados, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que no se les aplicará la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Así, ha señalado QUERALT JIMÉNEZ que *“poco importa que quien practique una detención, conociendo que existe causa legal para ello, se vea guiado por el resentimiento.”*⁴⁴¹

También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido como en la STS de 9 de marzo de 1993, que referida a la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado alude a esta cuestión argumentando que:

“Como se decía, entre otras muchas, en la S 19 Oct. 1992, hay una clara diferencia entre aquellos actos desarrollados por los «servidores del Estado» (integrantes o no de las Fuerzas de Seguridad) durante su actuación profesional y en el desempeño de sus funciones, y con vulneración de normas y principios legales, de todo aquello que se propicia en el estricto terreno particular, fuera del ámbito oficial”.

⁴⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “*Animus iniuriandi e injurias*”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1989, p. 985.

Otras resoluciones directamente no han estimado la eximente por este motivo como la STS 5 de marzo de 1993, referida a un supuesto donde unos agentes de policía detienen a una persona que estaba alterando el orden en un bar y después de proceder a su detención con mucha resistencia por su parte, y encontrándose tumbado en la parte posterior del vehículo oficial, donde le sobresalían las piernas del coche, uno de los agentes, sabiendo que con esa acción iba a lesionar al detenido cerró la puerta del vehículo en repetidas ocasiones impactando contra las piernas y causando lesiones de gravedad. La Audiencia Provincial de Ciudad Real condenó a los agentes por un delito de lesiones. El Tribunal Supremo confirma dicha sentencia con los siguientes argumentos:

“El acto de cerrar con fuerza la puerta, con la consciencia de que tal operación aprisionaba las piernas de la víctima, y repetir tal acción violenta varias veces, pese a las quejas de aquélla y sus voces de -que me troncháis las piernas-, no podía obedecer a ningún propósito de cumplir el deber de detenerla, función ya consumada, sino que respondía a otros móviles, ya de retorsión ya de castigo por la conducta que previamente había adoptado el finalmente lesionado, acciones y móviles ajenos a la función que hacen desaparecer cualquier efecto, no ya legítimamente, sino incluso atenuante que de su ejercicio pudiera derivarse”.

Esta cuestión está íntimamente relacionada con el elemento subjetivo de la eximente que estudiamos, cuya problemática abordaremos con detalle en un epígrafe posterior. Baste con citar aquí lo dicho por LUZÓN CUESTA, que refiriéndose a los requisitos que deben concurrir para apreciar la eximente que ahora estudiamos señala que *“el elemento subjetivo de la justificación, que es exigido por nuestro Tribunal Supremo, que excluye la eximente si el sujeto obró por móviles privados, por hallarse enojado o irritado, por un estado de honda enemistad o por móviles bastardos”*.⁴⁴²

⁴⁴² LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 95.

2.3.- El principio de necesidad y los criterios de necesidad en abstracto y necesidad en concreto de la fuerza policial.

La mayoría de la doctrina se apoya, aunque no de forma exclusiva, en los principios de necesidad y proporcionalidad para justificar la utilización de la fuerza policial de forma legítima,⁴⁴³ manteniéndose a partir de aquí criterios diversos por parte de los autores, que por otra parte son poco coincidentes.

En relación al **principio de necesidad** se ha dicho que toda fuerza innecesaria es ilegítima⁴⁴⁴, o que únicamente cabrá utilizar la fuerza si es necesaria para cumplir con la función pública.⁴⁴⁵ También se han añadido adjetivos para calificar dicha necesidad, y así se exige una “necesidad

⁴⁴³ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 301 y en su artículo *La exigente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo...Opus cit.*, p. 280; QUINTERO OLIVARES, G (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Parte General del Derecho Penal...Opus cit.*, p. 512; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 497-498; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo “El abuso de la violencia por la autoridad pública o sus agentes”...*Opus cit.*, p. 1025; LUZÓN PEÑA. *Enciclopedia Penal Básica...Opus cit.*, p. 634; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 362-363; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 291; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 94-95; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 255; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, p. 325; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, pp. 138-139; BARCELONA LLOP, J., “El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica”...*Opus cit.*, p. 113; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 107. Si bien no citan expresamente el principio de proporcionalidad, si utilizan una expresión equivalente al hablar de “necesaria proporción o equilibrio”; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...Opus cit.*, p. 254.

⁴⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 291.

⁴⁴⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 497.

*racional*⁴⁴⁶ en el empleo de la fuerza policial que resulte imprescindible para cumplir con la misión encomendada.

La definición que del término “necesidad” hace el diccionario de la RAE es “*impulso irresistible que hace que las cosas obren infaliblemente en cierto sentido*” y en su segunda acepción se dice que es “*aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir.*”⁴⁴⁷ Aplicando este concepto a la utilización de la fuerza por los agentes policiales, y como una primera aproximación que permita delimitar su contenido y proyección se puede decir que el principio de necesidad indica los supuestos que deben concurrir para que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan desplegar la coacción o la violencia, sin los cuales dicha utilización de la fuerza sería ilegítima. Con este significado, podríamos afirmar que el principio de necesidad posee su previsión legal en el artículo 5.2, apartado c) de la LOFCS, cuando dice que “*en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable*”, si bien se trata de una redacción confusa, por cuanto el adjetivo *necesario* está vinculado al término *decisión* y no al uso de la fuerza, y podría interpretarse que lo que se está regulando es el margen de discrecionalidad del agente para actuar o no, ante los supuestos legales habilitantes que serían evitar un daño grave, inmediato e irreparable.

Otros autores opinan que la necesidad debe ser perfilada por la “*menor lesividad posible para el cumplimiento de la misión*” y que su valoración exige

⁴⁴⁶ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...Opus cit.*, p. 1025; LUZÓN PEÑA. *Enciclopedia Penal Básica...Opus cit.*, p. 634; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 362; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I...Opus cit.*, p. 434.

⁴⁴⁷ Significado extraído de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

tener en cuenta “el grado de resistencia, en su caso, del previamente intimidado”.⁴⁴⁸ En este sentido, la STS de 16 de mayo de 1983 afirma que:

“el uso de las armas debe estar precedido, cuando se halla en manos de los servicios del orden, de un juicio sereno y reflexivo, y acompañado de pericia y cuidado, de forma que el respeto a la Ley y la restauración del orden público se logre siempre con el menor daño y quebranto para personas y cosas.”

Asimismo se exige también esta serenidad de los agentes en el momento de tomar la decisión de actuar en la STS de 20 de abril de 1990, referida al disparo efectuado por un miembro de la Guardia Civil contra un coche que huía:

“el Tribunal de instancia ha fundamentado la calificación de imprudencia temeraria que le ha merecido el disparo letal en «una falta de serenidad y estado de nerviosismo difícilmente compatible con la delicada misión que le estaba encomendada» al autor. El resultado además era previsible, y debió ser previsto, por tratarse de un vehículo en marcha y la hora nocturna”.

Entre la doctrina pueden encontrarse también algunas definiciones del principio de necesidad, y así se ha dicho que “por necesidad de la conducta, entendemos aquí la racional precisión de la misma para alcanzar la misión propia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que según el artículo 104 de la Constitución es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”⁴⁴⁹ Este mismo sentido es el que parece otorgarle el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Así, la STS 882/2010, de 15 de octubre nos ofrece un concepto del principio de necesidad cuando dice que “su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean **necesarios**, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública”. Pero este concepto de necesidad referido a la fuerza policial ya estaba presente en resoluciones anteriores como la STS de 19 de abril de

⁴⁴⁸ RECIO JUÁREZ M., “La eximente del número 11 del artículo 8 del Código Penal de cumplimiento del deber en su aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad públicos.” *Diario La Ley*, 1995, tomo 3, p. 662.

⁴⁴⁹ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 227.

1986, que la define de manera idéntica a como lo hace la resolución de 2010 que acabamos de citar.⁴⁵⁰

SÁNCHEZ GARCÍA⁴⁵¹ entiende el principio de necesidad como la intervención *“que no debe ir más allá de lo preciso para alcanzar el fin perseguido, es decir, ha de causar el menor daño posible al ciudadano y la sociedad.”* Exige así mismo que se haya comprobado previamente la idoneidad de la intervención, desde el punto de vista del hecho (que sea posible su cumplimiento por el destinatario) y de Derecho (que produzca o al menos favorezca el fin perseguido), en un examen objetivo y positivo *ex ante*. Por lo tanto, hace converger en un mismo criterio la idoneidad, la necesidad y la menor lesividad de la intervención policial, donde predominan las notas de eficacia y economía. Dentro de la idoneidad de la intervención en cuanto a los medios utilizados se integrarían también *“las características personales del funcionario de policía que los utiliza”*, citando como ejemplo el grado de destreza en el manejo de las armas.

En esta línea apuntada de vincular el uso de la violencia precisa para conseguir los objetivos podemos citar la STS 828/2013, de 6 de noviembre, en la que se alude a que:

“la agresión ya había finalizado, de forma que la defensa ya no era necesaria, lo que impide la aplicación de la exigente completa o incompleta”.

Añade esta misma resolución que:

“en el caso, como bien argumenta el Ministerio Fiscal, ni había auténtica necesidad de actuar con violencia, ni la actuación fue debidamente proporcionada a las circunstancias del caso, por lo que no cabe apreciar la exigente completa o incompleta que pretende el recurrente”.

Se establece así una clara separación entre la necesidad y la proporcionalidad de la intervención, esta última también conectada a la necesidad en concreto como veremos.

⁴⁵⁰ En el mismo sentido vid. las STSS de 20 de octubre e 1980 y 9 de diciembre de 1986, que ya utilizaban el mismo criterio y además con una redacción exacta a la citada.

⁴⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit*, pp. 138 y 290 y ss.

También la STS 949/2013, de 19 de diciembre, parece vincular la necesidad a la consideración como justificado del grado de violencia ejercido en relación con el objetivo perseguido. En esta línea, se afirma por ejemplo que:

“incluso en caso de que llegase a abalanzarse sobre el acusado, lo que no hizo según el relato fáctico, habría bastado con colocar la defensa a modo de barrera o con su sujeción por parte de los compañeros del acusado, sin necesidad de recurrir a violencia alguna”. Pero es que además esta misma sentencia vincula la necesidad a la idoneidad del medio al decir que “existen procedimientos para intentar calmar a los ciudadanos molestos y agitados, sin necesidad de romperles las costillas”.

Del mismo modo, la STS 882/2010, de 15 de octubre, ya citada, vincula también la necesidad al principio de menor lesividad, al decir que:

*“será necesaria, aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la **menor lesividad posible** para conseguir el cumplimiento de la misión que les corresponde desempeñar”.*

Por su parte QUERALT entiende la necesidad *“allá **cuando** se produce un supuesto de intervención. La necesidad, en tanto que categoría factual, se entiende desde esta perspectiva como la llamada a la acción, motivada esta acción por la producción del hecho material desencadenador; consecuentemente la necesidad responde también al **porqué** de la actuación.”*⁴⁵² Por tanto, continúa diciendo este autor, en un primer momento podríamos pensar que *“toda quiebra o amenaza de la tranquilidad ciudadana es base bastante para mover a la Policía a actuar”*, si bien esta aseveración se ve rechazada posteriormente por diversos motivos que comparto. En primer lugar, viene a decir este autor que bajo la bandera de la seguridad ciudadana o el orden público no cabe que cualquier actuación policial quede legitimada porque ello supondría *“el sacrificio permanente de los derechos fundamentales*

⁴⁵² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 5. Enero-marzo, 1990, pp. 136 y ss. Se han destacado las palabras *cuando* y *porqué* en negrita por su interés para una mejor comprensión del argumento que se sostiene en este punto. También en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. /JIMÉNEZ QUINTANA, E. *El Policía y la Ley*. Editorial Plaza y Janés. Espulgues de Llobregat (Barcelona), 1986, p. 114; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Manual de Policía Judicial*. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1987, pp. 113 y ss.

de los particulares a un interés general, pero difuso y oscilantemente definible”, idea que ya fue descartada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 22/1984. Se trata en definitiva de la tensión que inevitablemente se produce entre la seguridad ciudadana y los derechos fundamentales, cuestión que ya fue abordada en el Capítulo anterior, y en relación con la cual, como se concluyó, en términos generales no puede afirmarse que sea preferente la garantía de la seguridad ciudadana frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos individualmente considerados. Baste decir, siguiendo al mismo autor, que *“con la regla de la necesidad nada se dice respecto de la ponderación que pueda exigirse por grupos de supuestos a la hora de la intervención policial limitadora de derechos; y no se dice nada, porque no hay ponderación.”*

El Tribunal Supremo ha otorgado una gran importancia al principio de necesidad, lo que puede extraerse de algunas de sus resoluciones como la STS de 2 de julio de 1987, que referida a un caso de la actuación de un guarda jurado de un coto de caza, y aludiendo a la posible aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber dice que:

“en relación con la eximente cuestionada, no se inscribe solo en la exigencia de proporcionalidad de los medios coactivos a emplear, sino en la más profunda y decisiva de la necesidad”.

Pero además, este mismo fundamento entronca con la idea defendida en este trabajo de que debe ser la Ley la que determine cuáles son los supuestos habilitantes de la actuación policial y por tanto que sea la necesidad basada en dicha Ley la que ofrezca legitimidad a la actuación policial que posteriormente podrá exigir el uso de la coacción o de la violencia según la actitud del sospechoso.⁴⁵³ Esta idea queda resumida y perfectamente plasmada en la redacción del artículo 53 de la Constitución Española, mediante el que queda establecido el sistema de protección y garantías de las libertades y derechos fundamentales, que en su primer apartado dice, con respecto a dichos derechos regulados en el Capítulo II del Título I, que *“vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su*

⁴⁵³ Véase este mismo Capítulo III, apartado 1.

contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.” Tenemos aquí una clara expresión de que todos los poderes del Estado quedan obligados por el respecto al contenido de estos derechos y libertades, con la idea de que solo cabe su vulneración (lo que ocurre con muchas de las actuaciones policiales), si vienen reguladas por la Ley. Esta misma idea es la que venimos defendiendo en este trabajo al decir que los supuestos habilitantes para el ejercicio de la actividad policial deben venir regulados en la Ley. Por tanto, podemos decir que la necesidad de utilizar la fuerza surgirá en cada caso de la aplicación de la norma que lo permite. Se trata en definitiva del “*principio de habilitación legal*” defendido por QUERALT, que supone que “*toda injerencia de la Administración pública requiere: i) su cobertura legal expresa; sin ella no puede hablarse de habilitación legal para actuar; y ii) ya que no existe una descripción de los medios materiales a utilizar según los casos, el límite de su actuación vendrá dado por el respeto de la dignidad de la persona.*”⁴⁵⁴ Referencias a esta necesidad de regulación legal, la apreciamos en la STS 828/2013, de 6 de noviembre, cuando se exige que:

*“el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados.”*⁴⁵⁵

Obviamente, desde el punto de vista del principio de legalidad y del principio de seguridad jurídica sería ideal que estuvieran plasmados todos los casos concretos que, referidos a la utilización de la fuerza policial, pueden plantearse en la realidad, pero como señala MIR PUIG, “*no es posible describir legalmente todas y cada una de las concretas situaciones en que es preciso el uso de la fuerza para mantener el orden y la seguridad ciudadana*”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Coacción directa y justificación”...*Opus cit.*, pp. 110-111. Tanto la idea de que es necesaria una regulación legal habilitadora como que la dignidad de la persona supone un claro e importantísimo límite a la actuación de los agentes policiales, son ideas que se vienen defendiendo a lo largo de este estudio.

⁴⁵⁵ También exige el cumplimiento del deber en el ejercicio de su función legal, BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica*...*Opus cit.*, p. 113; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español*...*Opus cit.*, p. 253.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 496; En este sentido también se pronuncia GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo*...*Opus cit.*, p. 122.

Pero inmediatamente surge un tercer aspecto a tener en cuenta acerca de la valoración sobre la necesidad de utilizar la fuerza por parte de los agentes policiales, y es la de determinar quién debe apreciar esa necesidad. Obviamente, en una situación real solo concurren dos partes, el agente y el sospechoso, y por tanto queda claro que deberá ser el agente el que aprecie esa necesidad de actuar con violencia o no. La duda sin embargo es, como señala QUERALT, que *“el funcionario carece de legitimidad y de competencia para acometer excepcional o sistemáticamente la ablación de derechos que la apelación a la necesidad, desde su punto de vista, parece imponer como ineludible.”*⁴⁵⁷ Por consiguiente, vuelve a ser imprescindible que los supuestos habilitantes del uso de la fuerza por los miembros de las Fuerzas y cuerpos de Seguridad deban ser regulados en la Ley y con la mayor concreción posible, ya que, como opina este mismo autor, cuyas conclusiones compartimos, debe ser *“el legislador, único sujeto capaz de limitar los derechos de los ciudadanos – los funcionarios administrativos y judiciales solo actualizan, cuando corresponde, tal limitación-, ha previsto ya los posibles supuestos en que se requerirá la intervención pública y, ponderando las razones de seguridad y de necesidad, ha autorizado con carácter general una intervención de los derechos ciudadanos más o menos extensa, más o menos duradera.”*⁴⁵⁸

No obstante, no podemos negar absolutamente todo poder de apreciación de la necesidad de actuar por parte del agente policial. Uno de los ejemplos más representativos acerca de los supuestos legales habilitantes lo encontramos en la regulación contenida en el artículo 492 de la LeCrim, que obliga al agente de policía judicial a practicar la detención del sujeto sospechoso de haber cometido un delito. Este supuesto legal es el que habilita al funcionario policial a vulnerar el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 CE, que ya contiene la ponderación del legislador de poder vulnerar dicho derecho fundamental, pero tal y como previene el propio precepto citado de la LeCrim, queda a criterio de la Autoridad o sus agentes, la valoración de procedencia con base en *“motivos racionalmente bastantes para creer en la*

⁴⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)... Opus cit.*, p. 139.

⁴⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)... Opus cit.*, pp. 140-141.

existencia de un hecho que presente los caracteres de delito". A la vez, sin embargo, no se puede perder de vista que, incluso en los casos en los que se deja al agente policial cierto margen de discrecionalidad, la misma es otorgada por la propia ley al ser imposible regular todos los supuestos reales que se pueden plantear, y depositándose así cierto grado de confianza en la formación y profesionalidad de los agentes, que no olvidemos son *"agentes de la Ley"*. En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS subraya que se *"requiere un juicio valorativo ex – ante a realizar por el agente de policía para valorar si es o no necesario el uso de la fuerza en atención a las circunstancias que rodean el hecho."*⁴⁵⁹ Asimismo en esta dirección, BARCELONA LLOP⁴⁶⁰ opina que *"el margen de apreciación ínsito a la tarea policial cobra aquí especial relieve: el agente ha de subsumir el supuesto de hecho real en las previsiones de la norma mediante un juicio que ha de estar presidido por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad."* Hay que tener en cuenta, sin embargo, como se comentará más adelante, que la forma en que el agente debe efectuar estas valoraciones es bajo criterios objetivos correspondientes a los que racionalmente efectuaría cualquier persona considerada como hombre medio.

Muy significativa para este estudio por la conexión que establece entre las cuestiones que venimos analizando en las últimas líneas y la justificación de la conducta por aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, es la STS 159/2011, de 28 de febrero, cuando afirma que:

"la cuestión se plantea en el nivel de la justificación o de la exclusión de la antijuricidad y más precisamente, en el de la necesidad de la actuación policial, pues los recurrentes no cuestionan la autoría de las lesiones que dieron lugar a la condena por la falta del art. 617 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino su antijuricidad. Pero, la necesidad y la proporcionalidad que establece el art. 5.2. c) de la LO 2/1986 (RCL 1986, 788) , como presupuesto de la conformidad a derecho de la actuación de las fuerzas de seguridad, no se prueba sólo mediante los dictámenes médicos, ni resulta acreditada sólo por el hecho de

⁴⁵⁹ CERVELLO DONDERIS, V., "Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva". *Revista de Derecho Penal y Criminología... Opus cit.*, p. 30.

⁴⁶⁰ BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 105. Aunque se refiere al artículo 5. 2 d) de la LOFCS, relativo al uso de las armas puede aplicarse a la utilización de la fuerza en general.

que el detenido tuvo una actuación agresiva, puesto que se trata de si las lesiones producidas eran o no necesarias para cumplir con el deber policial. Es decir, se trata de un elemento esencial de las causas de justificación que amparan la acción policial, que debe ser valorado sobre la base a lo establecido en los hechos probados y a su ponderación desde una perspectiva jurídica”.

Esta sentencia deja sentado que si falta la necesidad o la proporcionalidad en la actuación policial no podrá aplicarse la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del Código Penal, puesto que en todo caso no se eliminaría la antijuridicidad. Al mismo tiempo, la resolución indica que estos principios (necesidad y proporcionalidad), vienen recogidos en el artículo 5.2 c) de la LOFCS, pero no concreta si la necesidad se extrae de los principios de congruencia y oportunidad o de la primera parte del precepto tal y como hemos apuntado anteriormente. Continúa diciendo la resolución del TS que:

“de todo ello resulta que la acción de tocar a un Mosso d'Esquadra -al parecer casual y no intencional según se desprende de lo expuesto en el Fº Jº primero (p.14 de la sentencia recurrida) por la Audiencia al describir lo observado en el video del que dispuso- no puede ser considerado como una agresión suficiente para justificar la reducción violenta del detenido. Desde el punto de vista del art. 5.2.c) LO 2/1986, la reacción es desproporcionada. Por otra parte, en tanto la conducta del detenido ni siquiera tenía la entidad de una agresión ilegítima en el sentido del art. 20.4.1º CP, no cabe tampoco la posibilidad de considerar un exceso en la legítima defensa que pudiera dar lugar a la aplicación del art. 21. 1ª CP.”

En este inciso extraído de la sentencia, cabría afirmar en principio que el Tribunal Supremo se olvida del principio de necesidad citado anteriormente y solo se centra en el principio de proporcionalidad, asociándolo a la actitud del sospechoso que, al no estimarse agresiva, supone un exceso en la fuerza empleada por los agentes policiales. Puede decirse que la proporcionalidad siempre supone una ponderación, una comparación racional entre fuerzas desplegadas, la del sospechoso y la del agente, y que será legítima cuando la desplegada por el agente policial esté en consonancia con la desplegada por el sospechoso. Por ello, como se verá más adelante, la proporcionalidad se vincula también al principio de necesidad en concreto pero también al juicio de ponderación que hace el agente policial *ex ante*, entre el fin perseguido, la actitud del sospechoso y las consecuencias de desplegar su fuerza. En

términos generales, el principio de proporcionalidad engloba al de necesidad, porque si la fuerza no era necesaria resulta desproporcionada.

En este sentido, la STS 1200/1994, de 2 de junio, referida a un supuesto en el que dos personas que se encontraban en un local, se muestran irrespetuosas con el resto de clientes y con el propio guarda privado, llegando en ese momento dos patrullas de la Policía Municipal que tras llevar al exterior a estas dos personas les golpean repetidamente con la defensa policial causándoles diversas lesiones. La Audiencia Provincial de Madrid condenó a los agentes como autores de un delito de lesiones y falta de lesiones, que confirma, con leves matices el Tribunal Supremo al no aplicar la eximente contenida en el 20.7. Entre sus argumentos jurídicos, trata las relaciones que existen entre el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en el siguiente sentido:

*“El cumplimiento del deber derivado del ejercicio de ciertas funciones públicas, en especial las de prevención, puede imponer la obligación de utilizar el poder coactivo que el Estado delega en los agentes de la autoridad, utilizando, incluso el recurso a la fuerza cuando no existen otros mecanismos para cumplir el acto que la función impone. Recurso que no puede ser arbitrario o de libre decisión del agente, sino que se ha de producir bajo ciertas circunstancias que, junto al hecho básico de estar cumpliendo con un deber funcional, legitimen aquel uso, circunstancias que la doctrina de esta Sala encierra en las notas de **necesidad y proporcionalidad**. La necesidad puede venir impuesta por la creación de un riesgo para el agente proveniente de la conducta de la persona contra la que se emplea la fuerza (Sentencia de 22 junio 1989) o de la resistencia de tal persona que obligue al agente a elegir entre una pasividad, que sería connivencia con la actitud ilícita del sujeto contra quien se actúe o incumplimiento del deber de impedir su impunidad, o el ejercitar una fuerza razonable para conseguir el fin que el deber le impone. Esa necesidad se da desde luego en los casos de agresiones a los agentes de la autoridad, de los que éstos hayan de defenderse, defensa que queda absorbida en sus efectos legitimadores por la propia y más amplia exclusión de la antijuridicidad que el cumplimiento del deber representa. Fuerza razonable que ha de medirse en función de la proporcionalidad entre la clase y efectos del medio violento utilizado y la naturaleza del daño para el orden público o para la justicia, que al agente el deber impone evitar o poner fin.”*

También se ocupa de los principios de necesidad y proporcionalidad respecto a una actuación de varios policías vacos, la STS 1050/1995, de 30 de enero, que se basa en un supuesto en el que estos agentes impidieron la salida de una persona que se encontraba en un lugar cerrado invadido por un gas lacrimógeno, de efectos limitadamente tóxicos, pese a haber comprobado

previamente en sus personas los efectos asfixiantes del gas y conocer que la víctima profería sonidos guturales pidiendo ser sacado, respirando fatigosamente, determinando así su permanencia en las dependencias invadidas por el gas por un tiempo suficiente para que éste produjese efectos letales, estando motivada su conducta por el temor a la posibilidad de que la víctima pudiese ocasionarles daños y lesiones si se le permitiese salir. La Audiencia Provincial de Vitoria condenó al jefe del grupo de policías a seis años de prisión menor por un delito de imprudencia temeraria con impericia profesional, y a los otros cinco a un año de prisión por imprudencia temeraria. El Tribunal Supremo rebajó la pena del primero a un año de prisión, pronunciándose sobre los principios referidos al inicio en los siguientes términos:

“es preciso señalar que en absoluto puede quedar dicha conducta amparada por el ejercicio legítimo de las funciones policiales que en ningún caso facultan a mantener a una persona encerrada en dichas condiciones, actuación totalmente desprovista de sensibilidad con el sufrimiento humano, y en la que no concurren los requisitos exigidos por la referida eximente de necesidad y proporcionalidad, en relación con la finalidad enunciada de evitar que la víctima detenida por un delito menor -desarmada y mentalmente enferma- pudiese causar daños o agredir a algún hertziana en el patio abierto del acuartelamiento. La doctrina de esta Sala reiteradamente recuerda que la aplicación de la circunstancia del número 11 del artículo 8.º del CP en supuestos de empleo de fuerza con resultado lesivo o mortal por parte de agentes de la autoridad requiere, en primer lugar, que el comportamiento violento sea necesario, es decir, que obedezca a una racional precisión indispensable para alcanzar la meta u objetivo cubierto por el ejercicio de la función pública y, en segundo lugar, que exista proporcionalidad de los medios empleados para cumplir ese deber en relación con la entidad del resultado lesivo ocasionado para proteger algún bien jurídico, con especial atención a las circunstancias de cada caso (Sentencias, entre otras, de 5 julio 1985 [RJ 1985\3960], 23 julio 1987 [RJ 1987\5619], 19 abril 1989 [RJ 1989\4768] o 15 junio 1992 [RJ 1992\5492]). En el caso actual el recurrente pretende que la actuación de los condenados impidiendo a la víctima abandonar el local cerrado invadido por el gas, era necesaria y proporcionada, dado que si se hubiese permitido al señor C. salir al patio del acuartelamiento «armado con un extintor» podría haber «matado a un Ertzaina». Tal afirmación, sólo comprensible en términos de defensa, no puede ser compartida, máxime si atendemos a que, conforme se expresa en los hechos probados, la víctima utilizó el extintor únicamente para golpear la puerta de madera y abrir en ella un boquete para salir del lugar invadido por el gas y que, cuando finalmente logró vencer en su desesperación la resistencia que tanto en esta primera puerta como en otra exterior ofrecían los ertzainas, una vez en el exterior fue reducido por los numerosos agentes que allí se encontraban sin ocasionar daños significativos, aun cuando el gas ingerido ya era entonces excesivo dando lugar a su fallecimiento”.

Y la STS de 18 de noviembre de 1988, que se ocupa de un supuesto donde una agente de policía que propina un rodillazo entre las piernas a un ciudadano alemán para evitar que agrediese a otro individuo. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condena por una falta de imprudencia simple, alegándose haber actuado en el cumplimiento de un deber. El TS conforma la resolución al apreciar:

“una conducta imprudente por parte del Policía Nacional –en atención tanto al hecho como a sus circunstancias-, es indudable que –como dice la sentencia recurrida- se han rebasado los límites de la licitud requerido para apreciar la eximente analizada”.

En base a lo expuesto hasta aquí, tal y como decíamos al inicio de este epígrafe, el principio genérico de necesidad se perfila asociado a la situación que debe concurrir en la que resulta indispensable la utilización de la fuerza policial para la tutela de bienes y derechos esenciales, necesidad que debe tener su base en la Ley, y con cierto margen de apreciación de los agentes en supuestos concretos de actuación, también regulados por ley, que es la única capaz de limitar o restringir libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, como en la STS 828/2013, de 6 de noviembre, que se ocupa de un caso en el que dos agentes del Cuerpo Nacional de Policía trataron de identificar a un individuo que circulaba por la localidad de Oviedo en un vehículo que constaba en la base policial como sustraído. El conductor de dicho vehículo se negó a identificarse tratando de atropellar a los agentes y dándose a la fuga, reacción ante la que uno de los agentes disparó su arma contra el vehículo alcanzando al conductor que resultó lesionado. La Audiencia Provincial de Oviedo condenó al agente de policía como autor de un delito de lesiones imprudentes. El Tribunal Supremo confirma con leves matices la resolución de origen, argumentando brevemente que:

“En el caso, como bien argumenta el Ministerio Fiscal, ni había auténtica necesidad de actuar con violencia, ni la actuación fue debidamente

proporcionada a las circunstancias del caso, por lo que no cabe apreciar la eximente completa o incompleta que pretende el recurrente.”

De manera más extensa se pronuncia la STS 159/2011, de 28 de febrero, en la que se trata de un asunto relacionado con la actitud agresiva y chulesca de una personas que había sido detenida en Barcelona por los Mossos d'Esquadra, que había golpeado el vehículo durante el traslado a la comisaría, y que encontrándose ya en dependencias policiales continuó con dicha actitud hacia los agentes, lo que provocó que uno de ellos, lo redujera al suelo para ponerle los grilletes propinándole golpes con los pies por parte de los agentes. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los policías por una falta de lesiones, y el Tribunal Supremo extiende la condena al jefe de dicho policías que, aunque no actuó contra el detenido, estaba presente cuando se causaron dichas lesiones. En la resolución, el Tribunal Supremo se ocupa de delimitar el principio de necesidad al caso que hemos relatado:

“De esa manera la cuestión se plantea en el nivel de la justificación o de la exclusión de la antijuricidad y más precisamente, en el de la necesidad de la actuación policial, pues los recurrentes no cuestionan la autoría de las lesiones que dieron lugar a la condena por la falta del art. 617 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino su antijuricidad. Pero, la necesidad y la proporcionalidad que establece el art. 5.2. c) de la LO 2/1986 (RCL 1986, 788) , como presupuesto de la conformidad a derecho de la actuación de las fuerzas de seguridad, no se prueba sólo mediante los dictámenes médicos, ni resulta acreditada sólo por el hecho de que el detenido tuvo una actuación agresiva, puesto que se trata de si las lesiones producidas eran o no necesarias para cumplir con el deber policial. Es decir, se trata de un elemento esencial de las causas de justificación que amparan la acción policial, que debe ser valorado sobre la base a lo establecido en los hechos probados y a su ponderación desde una perspectiva jurídica. Si se toman en consideración los pasajes de los hechos probados citados por los recurrentes se comprueba que la reducción del detenido fue consecuencia de que éste "tocó al Mosso nº NUM003 " y que ante esto "los acusados [que eran tres] saltaron sobre el detenido y durante escasos segundos realizaron técnicas de reducción que comportaron algunos golpes propinados con los pies y que cesaron de inmediato una vez que estuvo reducido". La práctica de la reducción le produjo al detenido, según los hechos probados: "contusión en el arco cigomático izquierdo, contusión a nivel nasal, hematoma orbicular del ojo izquierdo y dolor nasal, en el brazo izquierdo y tórax, que tardaron en curar 14 días, de los que 5 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales". Asimismo, surge de los hechos probados, que la conducta del detenido que los policías consideraron como un delito de atentado, fue luego declarada sólo constitutiva de una falta por el auto del Juzgado de Instrucción Nº 8 de Barcelona, de 1.4.2007 . Es decir: la conducta del detenido carecía de la entidad que los recurrentes le asignaron. La comparación de las lesiones sufridas por el detenido con las que

sufrieron los Mossos d'Esquadra pone de manifiesto una notoria desproporción, que los informes médicos no niegan, sino reflejan claramente. En la minuta policial, redactada el 31.3. de 2007 a las 11'54, los Mossos d'Esquadra hicieron constar que "el Mosso NUM003 sufrió contusiones en la rodilla izquierda y en el rostro" que le habrían sido propinadas por el recurrente. Pero, esas lesiones no aparecen constatadas en los partes médicos. La Defensa sostiene que las lesiones sufridas por los Mossos, descritas en los partes médicos obrantes a los folios 49, 51 y 59 (en realidad fº 54, que corresponde al detenido) demostrarían la importancia de la agresión sufrida por los recurrentes. Sin embargo, esos partes médicos sólo hacen constar las manifestaciones de los propios Mossos al médico, realizadas un día después del hecho. Ninguno de esos partes está relacionado con el Mosso NUM003. En tales manifestaciones los Mossos NUM001 y NUM000 dijeron haber sufrido policontusiones por agresión. Evidentemente se trataba de contusiones de poca intensidad, pues en los informes no consta que hayan dejado rastros físicos de violencia en el cuerpo de los Mossos d'Esquadra afectados. Asimismo, sólo el primero de los Mossos dice tener dolor en la espalda a nivel del trapecio, pero no tienen dolor en el tórax. El segundo sólo refirió contusión torácica sin dolor. Ninguno mencionó ante el médico haber recibido una patada en la rodilla ni una bofetada. Por otra parte, las lesiones, cuya producción los Mossos atribuyen al detenido, pueden haber sido consecuencia de que aquellos saltaron sobre éste para reducirlo cuando éste tocó a uno de ellos. De todo ello resulta que la acción de tocar a un Mosso d'Esquadra -al parecer casual y no intencional según se desprende de lo expuesto en el Fº Jº primero (p.14 de la sentencia recurrida) por la Audiencia al describir lo observado en el video del que dispuso- no puede ser considerado como una agresión suficiente para justificar la reducción violenta del detenido. Desde el punto de vista del art. 5.2.e) LO 2/1986, la reacción es desproporcionada. Por otra parte, en tanto la conducta del detenido ni siquiera tenía la entidad de una agresión ilegítima en el sentido del art. 20.4.1º CP, no cabe tampoco la posibilidad de considerar un exceso en la legítima defensa que pudiera dar lugar a la aplicación del art. 21. 1ª CP".

Así expuesto, podemos comprobar que el criterio de necesidad es todavía muy amplio e impreciso, y por ello hay que destacar la tesis elaborada por CÓRDOBA RODA⁴⁶¹, que acuñó los términos de *necesidad en abstracto* y *necesidad en concreto*, diseccionando dicho principio en dos planos, aspectos o vertientes del mismo, que cuentan actualmente con un arraigo importante entre la doctrina⁴⁶² y cuyos planteamientos han encontrado eco asimismo en la

⁴⁶¹ CÓRDOBA RODA, J., "11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 359-384. El análisis específico del ejercicio del cargo por la Autoridad y los requisitos de "necesidad en abstracto" y "necesidad en concreto" se exponen en la página 368. En su obra más reciente, CÓRDOBA RODA, J., "Artículo 20.7ª", en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 227-228.

⁴⁶² MORALES PRATS, F., "Artículo 20.7", en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 253; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 498; ORTS BERENGUER, E

jurisprudencia del Tribunal Supremo, como veremos. Parte este autor del principio de necesidad, y entiende que “*el criterio de la necesidad circunscribe aquí la esfera de lo justo*”, precisando que la “*necesidad en abstracto*” equivale a *necesidad de violencia en sí*, que faltaría si en el caso concreto no era preciso acudir a violencia alguna para cumplir la función pública y la “*necesidad en concreto*”, se entiende como *idoneidad del medio*, es decir, que siendo necesaria cierta violencia, el agente la rebasa haciendo uso de una fuerza mayor. Continúa diciendo que si falta el primer requisito citado no podrá aplicarse la eximente ni como completa ni como incompleta, pero si lo que falta es el segundo podrá apreciarse como eximente incompleta. Entiendo que esta doble vertiente de la necesidad, en los términos en los que la concibe su autor, permite estructurar perfectamente el uso de la fuerza a efectos de aplicar el cumplimiento de un deber como eximente completa o incompleta, tal y como lo hace el Tribunal Supremo en sus resoluciones, como la STS 4/2005, de 19 de

/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes... Opus cit.*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes... Opus cit.*, p. 1025. Aunque la denominación que utiliza es la de necesidad cualitativa y cuantitativa para referirse a ellas; LUZÓN PEÑA, D.M. *Enciclopedia Penal Básica... Opus cit.*, p. 634; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 95; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)... Opus cit.*, p. 325; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 292-293; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 113; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, p. 227-228; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I... Opus cit.*, p. 433; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 107; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp 523-524; CERVELLO DONDERIS, V., *Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva... Opus cit.*, pp. 29-30; VIEITES PÉREZ, C., “El uso de armas por agente de la autoridad”, en *Diario La Ley*, tomo 2. 1996, p. 2; RECIO JUÁREZ, M., “La eximente del número 11 del artículo 8 del Código Penal en cumplimiento del deber en su aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad públicos”, en *Diario La Ley*, tomo 3, 1995., p. 4.

enero, referida a la concentración de varias personas en las inmediaciones de un domicilio con motivo de la inminente detención de un individuo vinculado al terrorismo de ETA. El policía agredió con una defensa extensible a uno de los allí concentrados que si bien es cierto que había agredido verbalmente a los agentes no dirigió ningún acto agresivo contra los mismos, declarando el Alto Tribunal que:

“no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e imprescindible de la «necesidad» de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7385) , para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe». «Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece.”

Se puede comprobar que la diferenciación entre necesidad abstracta y necesidad concreta forma parte de los argumentos que el Tribunal Supremo utiliza de forma habitual para fundamentar sus resoluciones referidas a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. En la sentencia citada, el Alto Tribunal confiere a la necesidad en abstracto el significado de lo esencialmente necesario para cumplir la misión, reservando el criterio de la necesidad en concreto para examinar la proporcionalidad en la violencia ejercida, es decir, la cantidad de violencia utilizada en el caso concreto. Finaliza diciendo que si falta la primera no se aplicará la eximente en ningún grado, y que si falta la segunda puede resultar de aplicación la eximente como incompleta.

La **necesidad en abstracto**, como planteaba CÓRDOBA RODA, puede definirse como ese supuesto de hecho planteado en relación con el cual “sin

*empleo de la violencia no se puede cumplir con la obligación del cargo.*⁴⁶³ En el mismo sentido, MIR PUIG opina que no será apreciable en situaciones donde “no sea precisa ninguna clase de fuerza para realizar el cometido público de que se trate.”⁴⁶⁴ Por lo tanto podemos considerar que la necesidad en abstracto existe cuando al analizar el supuesto de hecho que se plantea, no cabe otra posibilidad ni la utilización de otro recurso para cumplir con la función policial que no sea la utilización de la fuerza o violencia por parte de los agentes. Ello se hace evidente cuando en el cumplimiento de un deber legal de proceder a la detención de una persona o de registrar un domicilio ordenado por la Autoridad judicial, el sujeto se resiste de forma agresiva y violenta a que dichas actuaciones se materialicen, con lo que únicamente cabe el recurso a la fuerza. Dicho de otra forma, se trata de la “comprobación de la ineficacia de medios no violentos para cumplir con la función de que se trate en el caso concreto.”⁴⁶⁵

Algunos autores consideran la necesidad en abstracto como el criterio más cercano al principio genérico de necesidad⁴⁶⁶, y así lo hace también en ocasiones la jurisprudencia; por ejemplo en la STS 26/1998, de 16 de enero, cuando dice que:

*“también ha recordado este Tribunal que «cuando el exceso se produce por ausencia total de necesidad -como es este supuesto- constituye extralimitación manifiesta impeditiva de la aplicación de la exención completa o incompleta”.*⁴⁶⁷

⁴⁶³ ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Compendio de *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395. Así lo entienden también RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 107; VIEITES PÉREZ, C., “El uso de armas por agente de la autoridad”... *Opus cit.*, p. 2; BARCELONA LLOP, J., “El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica”... *Opus cit.*, p. 113; CERVELLO DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, p. 30.

⁴⁶⁴ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 498.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 292.

⁴⁶⁶ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7ª”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 228. Este autor la denomina “violencia genérica”.

⁴⁶⁷ En este sentido también las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 marzo 1990; 42/1994, de 24 enero y 106/1997, de 31 enero.

Pero también hay quien dota a este criterio de un contenido diferente al de la mayoría, y así MARÍN DE ESPINOSA⁴⁶⁸ entiende que forma parte de la necesidad en abstracto, el hecho de que la actuación sea realizada por parte del agente de la autoridad en el ejercicio del cargo tanto orgánica como funcionalmente, que aquél esté habilitado para el uso de la fuerza, y que actúe bajo los criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de medios. Se puede ver que de este modo se aglutinan bajo este criterio de necesidad en abstracto todos los requisitos que otros autores encuadran bajo otros conceptos, como los criterios objetivos referidos a la consideración de agente de la autoridad y su función efectiva, o también los principios contenidos en la LOFCS, que quedan todos ellos englobados bajo esta denominación, incluido el de proporcionalidad, al que, como veremos, la doctrina le otorga otro contenido. Por su parte, CARBONELL MATEU habla en este contexto de “*necesidad cualitativa*”, que estaría formada por la necesidad racional y la ponderación entre el objetivo perseguido y las consecuencias de su función⁴⁶⁹. Como ya hemos adelantado y según veremos con mayor detalle en el epígrafe siguiente, esta ponderación a la que alude este autor es la que la mayoría de la doctrina asocia al principio de proporcionalidad, teniendo la necesidad en abstracto otros significados como hemos visto. Finalmente, otros autores la definen bajo otros conceptos más genéricos como el de “*necesidad racional de la violencia*”⁴⁷⁰, que en mi opinión podría definir tanto la necesidad en abstracto como el más genérico de necesidad sin otros adjetivos.

La doctrina coincide en señalar que la valoración de dicha necesidad en abstracto será mediante un juicio *ex ante* del agente policial, que deberá decidir, conforme a parámetros del hombre medio, si existe otro recurso

⁴⁶⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)*...*Opus cit.*, p. 325.

⁴⁶⁹ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...* *Opus cit.*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...* *Opus cit.*, p. 1025; También se denomina de esta forma en MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...* *Opus cit.*, pp. 253-254.

⁴⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 362.

diferente a la fuerza para cumplir su objetivo legalmente establecido,⁴⁷¹ y al mismo tiempo la mayoría opina que si este requisito no se cumple no podrá aplicarse la eximente ni como completa ni como incompleta.⁴⁷² Obviamente la valoración del agente deberá producirse conforme a criterios racionales en términos objetivos del hombre medio, no según sus propios parámetros. Así lo ha señalado, aunque refiriéndose a la antijuridicidad pero trasladable a este aspecto tratado MIR PUIG, que ha señalado que *“el desvalor de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa para un espectador ideal situado ex ante en la posición del autor”*, añadiendo que *“solo entonces habrá sido evitable y, por tanto, desvalorable desde la perspectiva intersubjetiva de lo exigible a un hombre medio”*.⁴⁷³

Considero además, como lo hace PORTILLA CONTRERAS, que antes de utilizar ningún tipo de fuerza, deben producirse por parte del agente policial llamadas de atención a los sujetos contra los que se prevé desplegar dicha fuerza, por cuanto *“no será lícita la utilización de cualquier método por inofensivo que parezca ex ante, cuando en realidad la simple intimidación convertiría en innecesario su uso.”*⁴⁷⁴ Ello no obstante, teniendo en cuenta siempre que la rapidez y la urgencia de la actuación lo hagan posible.

⁴⁷¹ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 228; MORALES PRATS, F. “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...Opus cit.*, p. 254. RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias...Opus cit.*, pp. 227-228.

⁴⁷² CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 228; LUZÓN PEÑA, D. *Enciclopedia Penal Básica...Opus cit.*, p. 634.

⁴⁷³ MIR PUIG, S., “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español”...*Opus cit.*, p. 166. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)”...*Opus cit.*, pp. 138 y ss., aunque refiriéndose al margen de apreciación de que dispone el agente para valorar si concurren circunstancias *“racionales suficientes”* para practicar la detención a la que le obliga el artículo 492.4^a, defiende que el agente no tiene legitimidad para realizar ese juicio sino que se lo otorga la Ley.

⁴⁷⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 158.

La jurisprudencia también considera que la necesidad en abstracto es un requisito fundamental sin el cual no puede apreciarse la eximente ni siquiera como incompleta.⁴⁷⁵ Así, la STS 4/2005, de 19 de enero, referida al supuesto de un agente policial que golpea varias veces con su bastón a un manifestante que se había concentrado junto a otras personas en las inmediaciones de un domicilio de Bilbao donde se iba a detener a un miembro del entorno de ETA y que mostraba una actitud de violencia verbal, argumenta que:

“no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e imprescindible de la «necesidad» de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7385) , para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe». «Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado «...no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes».”

Se puede comprobar cómo el Tribunal Supremo considera la necesidad en abstracto como elemento básico sin el cual no puede apreciarse la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber ni siquiera como incompleta, ofreciendo una definición de aquella en la misma línea que se ha visto en este epígrafe.

Por otro lado, el contenido que la doctrina otorga al principio de **necesidad en concreto** resulta menos coincidente, y ya desde su punto de partida SANCHEZ GARCÍA⁴⁷⁶ considera que se produce cierta confusión de términos al definir CÓRDOBA RODA la “*necesidad en concreto*”, pues parece

⁴⁷⁵ No obstante, alguna resolución aislada del Tribunal Supremo ha considerado que la falta de este requisito de necesidad en abstracto no era óbice para aplicar la eximente incompleta. Véase por ejemplo la STS de 9 de marzo de 1963.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 291; OLMEDO CARDENETE, M. “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 521 y ss.

identificar la “*idoneidad del medio*” con la “*proporcionalidad*”, cuando habla de una “*violencia innecesaria por parte de la Autoridad, tanto en su modalidad de absoluta falta de necesidad, como en la de inadecuación del concreto medio empleado*”⁴⁷⁷, haciendo también una clara alusión al medio técnico de que se ha servido. No obstante, opino que dicha confusión no existe si nos fijamos bien en la redacción que ofrece el autor unas líneas más arriba, cuando asocia la necesidad en concreto a una “*violencia excesiva para la realización de la función pública*”. Es decir, que al utilizar la expresión “*idoneidad del medio*” se está refiriendo al tipo de medio utilizado y a la proporción en que éste es utilizado.

En esta línea, muchos otros autores asocian la necesidad en concreto a la idoneidad del medio empleado,⁴⁷⁸ pero al indagar en el contenido de esta vinculación puede apreciarse que por dicha idoneidad se está haciendo referencia tanto a qué medio se utiliza como a cuánto se utiliza, o lo que es lo mismo, al tipo de medio y al modo o grado de utilización, que en este segundo aspecto, se equipara por algunos autores a la proporcionalidad en la utilización de la fuerza.⁴⁷⁹ En mi opinión, surge aquí un conflicto de criterios, ya que la

⁴⁷⁷ CORDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CORDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 375. Se menciona esta posible confusión en SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 293 y ss.

⁴⁷⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I... Opus cit.*, p. 433; LUZÓN PEÑA, D.M. *Enciclopedia Penal Básica... Opus cit.*, p. 634; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, pp. 227-228; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 114.

⁴⁷⁹ RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, pp. 227-228, que al definir que la “*fuerza sea proporcionada*”, exigen la “*proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto)*”; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 363, entienden que “*la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso*”; CERVELLO DONDERIS, V., *Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los*

mayoría de la doctrina entiende que el principio de proporcionalidad, como se verá detalladamente en el epígrafe siguiente, viene asociado a la ponderación de intereses que surge entre la infracción cometida y la fuerza desplegada.⁴⁸⁰ Considero que la proporcionalidad puede ser asociada tanto al grado de fuerza ejercido como al juicio de ponderación que debe realizar el agente, y por tanto no es un principio de aplicación exclusiva en este segundo momento. Entiendo que la proporcionalidad debe darse tanto en el uso del medio adecuado en el momento concreto, como regir también en la valoración que hace el agente de las posibles consecuencias que se podrían derivar en el uso de la fuerza en función de la infracción cometida, sin olvidar que debe inspirar la totalidad de la actuación policial.

Regresando al contenido de la “*necesidad en concreto*”, con la mayoría de la doctrina entiendo que este criterio estaría integrado tanto por la elección del medio más adecuado para cumplir con el cargo, como por el grado de intensidad con el que dicho medio se utiliza. Así lo hace también MIR PUIG, al definir como supuestos de fuerza integradores de la *necesidad en concreto*, la

supuestos de resistencia pasiva... Opus cit., p. 32, al hablar de que “*la fuerza utilizada debe ser proporcionada*” vincula dicho criterio a “*la idoneidad de los medios violentos empleados*”; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 107, defiende esta postura al citar la STS de 2-06-95, que ya se ha visto en este estudio, en la que se dice que “*no cabe su aplicación como completa en los casos de empleo arbitrario o desmedido de la fuerza, cuando no exista la necesaria proporción o equilibrio entre la actitud del infractor y el medio empleado y la contundencia con que lo fue.*”; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 95, entiende que uno de sus requisitos debe ser que “*el sujeto no rebase los límites o medida del cumplimiento del deber y que sea necesaria la ejecución de la conducta típica realizada, es decir, proporcionalidad y necesidad racional.*”; MÉNDEZ ALVAREZ, C., “Artículo 20.7º”, en ARROYO ZAPATERO, L / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Directores) / NIETO MARTÍN, A. / PÉREZ CEPEDA, A.I. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Iustel. Madrid, 2007, p. 124, que claramente asocian ambos conceptos al decir “*la necesidad en concreto o proporcionalidad en la violencia ejercida.*”

⁴⁸⁰ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7ª”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 229; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 498; LUZÓN PEÑA, D.M. *Enciclopedia Penal Básica... Opus cit.*, p. 634, entre otros muchos.

“clase o cantidad que se ha empleado”⁴⁸¹, es decir, que la necesidad en concreto hace referencia al medio utilizado (clase), pero también a la intensidad con el que dicho medio es utilizado (cantidad), todo ello en el caso concreto y una vez superado el juicio de valor a resultados del cual se sigue que no existía más recurso que utilizar la fuerza para cumplir con la función policial.⁴⁸²

Por lo demás, ésta es también la doctrina dominante en la jurisprudencia. Sirva de ejemplo a estos efectos la STS 26/1998, de 16 de enero, que define la necesidad en concreto como:

“el real uso de la fuerza en el caso concreto que resulte innecesaria o rebase los términos de aquella necesidad racional («utilización concreta») es lo que hace desaparecer la eximente o reducirla a una eximente incompleta”

También la STS 744/1995, de 2 de junio, sintéticamente observa sobre la eximente en análisis que:

“no cabe su aplicación como completa en los casos de empleo arbitrario o desmedido de la fuerza, cuando no exista la necesaria proporción o equilibrio entre la actitud del infractor y el medio empleado y la contundencia con que lo fue”⁴⁸³.

⁴⁸¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 498.

⁴⁸² Vid, también en esta dirección, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 107; VIEITES PÉREZ, C., *El uso de armas por agente de la autoridad...Opus cit.*, p. 2; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, p. 293; Algunos autores añaden algunos requisitos, como BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica...Opus cit.*, p. 114, que junto a la clase y cantidad de fuerza utilizada, exige la pericia y formación del agente que utiliza dicha fuerza. Igualmente SÁNCHEZ GARCÍA, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2ª edición. Valladolid, 2011, p. 174., cuando dice que “la necesidad en concreto o menor dañosidad ha de considerarse desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. Debe atenderse a todas las circunstancias del caso concreto: las características del agente de la autoridad, del sujeto pasivo y de la situación objetiva en su conjunto”; Otros autores en cambio, ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395, consideran que estos requisitos de “especial preparación de los policías”, se situaría en el plano de la “ponderación racional de los intereses en conflicto”, es decir, en el juicio de ponderación que integra el principio de proporcionalidad.

⁴⁸³ En el mismo sentido, las SSTs 250/2014, de 11 de febrero; 1947/1994, de 4 noviembre; 1715/1994, de 30 septiembre; 1200/1994, de 2 junio; 42/1994, de 24 enero; 2868/1993, de 21 diciembre; 20 febrero, 5 y 25 marzo y 15 junio de 1992 y la SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 373/2015, de 2 de junio.

Podemos apreciar que en esta última resolución que se cita el Alto Tribunal introduce la proporcionalidad en el concepto de necesidad en concreto, definiéndola como el equilibrio que debe producirse entre el medio utilizado y la contundencia con la que se utiliza. Esta es la línea que venimos defendiendo, de acuerdo con la cual la proporcionalidad también debe estar presente en el caso concreto. Así lo establecen asimismo otras resoluciones como la STS 1284/1999, de 21 de septiembre, que al enumerar los requisitos que deben concurrir para apreciar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si bien separa el principio de necesidad en concreto del principio de proporcionalidad, en relación con aquélla también exige proporcionalidad, diciendo que procede lo siguiente:

“la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, como ya se ha dicho, pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto», como ha dicho algún autor.” También puede apreciarse esta línea en la STS 112/2005, de 31 de enero, que de forma clara dice que para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como *“el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto)”*.⁴⁸⁴

Por tanto, estos significados que la doctrina otorga al contenido de la necesidad en concreto como la inadecuación de medios por ser excesivos, exigiendo proporcionalidad en la conducta ejercida, considero que son

⁴⁸⁴ Pueden verse asimismo en esta dirección, entre otras, las SSTs 22-12-1970 , 20-10-1980 , 13-5-1982, 22-12-1989, 25-3-1992, 3-12-1993, 21-12-1993, 17-1-1994, 24-1-1994, 30-9-1994 y 5-7-1995.

equivalentes; utilizar un medio excesivo y de forma no proporcional es lo mismo que decir que la clase de medio no es la adecuada y que la medida en la que se ha usado tampoco es adecuada, con lo que se ajusta a los criterios que utiliza una buena parte de la doctrina y que venimos defendiendo en este trabajo como ya ha quedado dicho. También se vincula la necesidad en concreto a la utilización del “*medio menos peligroso y menos lesivo*”.⁴⁸⁵ Subyace asimismo aquí la idea de la idoneidad del medio utilizado y en una forma que no resulte excesiva, con lo que igualmente estos términos son equivalentes en contenido a los anteriores.

Buena parte de la doctrina opina también que la necesidad en concreto se valora con un juicio *ex post*⁴⁸⁶, lo que supone que una vez valorada como indispensable la violencia por no existir otro medio menos lesivo con el que cumplir la función policial (necesidad en abstracto), y después de finalizada la actuación, se debe valorar si el medio seleccionado y su empleo en el caso concreto han sido los adecuados a la situación. Podemos poner como ejemplo el supuesto de un agente de policía que observa como un individuo está cometiendo un delito y al ir a detenerlo éste esgrime un arma blanca negándose a dejar el arma ante los requerimientos del agente y resistiéndose a la detención, por lo que el agente decide utilizar la defensa policial y con ella propinar un golpe en la mano para desarmarlo y proceder a su detención. Con motivo del golpe en la mano el agente le rompe un dedo al agresor. En este

⁴⁸⁵ ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Compendio de *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395.

⁴⁸⁶ Vid., entre otros, RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, pp. 227-228; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Compendio de *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7””, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 254; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7ª”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 228; SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias... Opus cit.*, p. 106; CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (Coordinadores). *Código Penal comentado*. Editorial Deusto. Barcelona, 2004, p. 45; CERVELLO DONDERIS, V., *Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva... Opus cit.*, pp. 29-30.

caso, la violencia es necesaria en abstracto por cuanto no existe otro medio para poder reducir y asegurar a esta persona, después de haberle advertido para que dejara el arma y se entregara. Igualmente en este caso es idóneo el medio utilizado, ya que la utilización de la defensa policial es ajustada a la situación de peligro ocasionada y así, no lo sería el uso del arma de fuego. Además del medio seleccionado, el modo de utilización también sería el ajustado a la situación, por cuanto dar un solo golpe en la mano para desarmar al sujeto puede considerarse la intensidad adecuada en el uso de dicho medio (necesidad en concreto). Por tanto, valorado posteriormente al hecho el tipo de medio y la forma en que se ha utilizado, y pese a que dicha utilización ha causado una lesión en la mano del asaltante, la conducta es correcta y por ello podría aplicarse la eximente de obrar en cumplimiento de un deber completa.

Buena parte de la doctrina considera que si falta el requisito de necesidad en concreto de la fuerza ejercida, únicamente cabría aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber como incompleta, que se concibe de esta forma, y a diferencia de lo que sucede con la necesidad en abstracto, como un requisito no esencial.⁴⁸⁷ Este asunto será tratado con

⁴⁸⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 498; También opinan de este modo, RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, pp. 227-228; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7.”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 254; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 96; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7º”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 228; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito... Opus cit.*, pp. 892 y ss; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 461-462; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 634; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Mª (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia 2010, pp. 325-326; MAQUEDA ABREU, M.L. / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho Penal en casos. Parte General... Opus cit.*, p. 153.

mayor detalle en epígrafes posteriores ya que para determinar si la necesidad en concreto de la fuerza empleada por los agentes no es la correcta habrá que analizar los posibles factores que pueden provocar esta situación acudiendo también a la casuística analizada por los órganos jurisdiccionales.

En términos generales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue el criterio de considerar la eximente incompleta si una vez comprobada la necesidad en abstracto de la violencia se produce un exceso en la cantidad ejercida o necesidad en concreto. Así la STS 744/1995, de 2 de junio, referida a unos policías que de forma persistente intentaban convencer a una persona de que les acompañara a dependencias policiales negándose aquélla, resistiéndose a ello y amenazando a los agentes e incluso agrediendo a un transeúnte, por lo que el agente le golpeó con la defensa en la frente causándole lesiones. La Sala consideró que hubo una extralimitación en la fuerza empleada y aplicó también la eximente incompleta. En la práctica existen otros casos más aislados donde se aprecia la eximente completa pese a que, a mi juicio, falta la necesidad en concreto como por ejemplo en la STS de 19 de diciembre de 1980, en la que el Alto Tribunal argumenta:

“un disparo conminatorio, luego de dos intimidaciones perfectamente advertidas, es medio necesario, idóneo y proporcionado para la detención de un sujeto que, su actitud, está dando base y consistencia a una sospecha de culpabilidad delictiva”.

Obviamente esta última resolución será analizada con detenimiento en el epígrafe siguiente si bien ya se adelanta que opinamos que el razonamiento utilizado no es acorde a los parámetros que actualmente se exigen para aplicar la eximente.

Así, la STS 26/2005, de 22 de enero aplica la eximente incompleta en el caso de un agente de policía que golpea a la víctima con la defensa personal en la cabeza, cuando ésta ya había sido detenida y esposada y pese a que se ha producido por tanto una extralimitación policial al emplear el agente una fuerza innecesaria causante de lesiones. En este caso el Tribunal Supremo

entiende que sí concurre la necesidad en abstracto de utilizar la violencia si bien se produce un exceso en dicha violencia, concluyendo por ello que cabe su aplicación incompleta. Tal y como hemos dicho acerca de esta resolución en epígrafes anteriores, la conducta reprochable de golpear a un detenido cuando se encuentra esposado debería haber sido motivo suficiente para la anulación de la eximente.

En este punto, conviene citar la opinión de CARBONELL MATEU, para quien la ausencia del requisito de la necesidad en concreto impide aplicar la eximente incluso en su forma incompleta pues entiende que en absoluto resulta admisible *“que, en los casos en que se repele un hecho de escasa gravedad mediante el uso de una fuerte violencia, quepa apreciar la eximente incompleta.”*⁴⁸⁸ Lo que estimo que este autor opina es que la eximente no debe apreciarse como incompleta con carácter automático si le falta el requisito de necesidad en concreto, y en este sentido comparto sus razonamientos. Los supuestos que pueden invocarse desde el uso inadecuado de la fuerza una vez superada la valoración de que dicha violencia es necesaria son innumerables, y no todos pueden apreciarse del mismo modo. En este sentido considero que *“hay que valorar el caso concreto”*⁴⁸⁹, y aunque esta cuestión se analizará en apartados posteriores puesto que tienen su incidencia en supuestos que afectan a diversos requisitos, algunos de los cuales todavía no analizados, parece lógico pensar que el exceso en la intensidad de la violencia que provoca unas lesiones graves o incluso la muerte, o utilizando medios ya de por sí potencialmente peligrosos como pueden serlo armas o municiones

⁴⁸⁸ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 194-195 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”... *Opus cit.*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...* *Opus cit.*, pp. 1025 y ss.

⁴⁸⁹ MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...* *Opus cit.*, p. 254. Parece deducirse de este autor que considera a Carbonell totalmente contrario a aplicar la eximente incompleta al decir *“por exclusión, en cambio de la eximente incompleta vid. Carbonell”*, pero en cambio, como he citado, opino que esto no es así, si atendemos a lo expresado por CARBONELL al decir que *“ello dependerá de las circunstancias de cada caso”*. *Vid. sobre ello*, CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 196 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”... *Opus cit.*, p. 1026.

inadecuadas, no pueden castigarse de forma atenuada.⁴⁹⁰ Pero es que además, si nos fijamos en la forma en que los diferentes autores citados en este estudio abordan esta cuestión nos daremos cuenta de que todos ellos consideran que la falta de la necesidad en concreto “puede” dar lugar a la eximente incompleta, en mi opinión con una clara idea de que habrá que estar al caso concreto.

Y lo mismo, en fin, creo que es posible afirmar respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la luz, por ejemplo, de la STS 112/2005, de 31 de enero, en la que se sostiene que:

“para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta.”

Por tanto parece que el Alto Tribunal también mantiene esta línea de prudencia al dejar abierta la posibilidad de no aplicar la eximente incompleta si el exceso no guarda unas proporciones acordes al caso concreto.

A la vista de lo dicho sobre el requisito de necesidad, puede decirse que en general, la jurisprudencia sigue una línea regular y constante sobre el modo de aplicación, aunque se produzcan resoluciones aisladas que supongan una quiebra de dicha línea argumental.

Así, como supuestos pacíficos de aplicación de la eximente completa por haberse dado una correcta aplicación de la necesidad abstracta y concreta de la fuerza empleada pueden citarse la STS 112/2005, de 31 de enero, referida al caso de un Policía Municipal de Madrid que se encontraba sancionando a un vehículo mal estacionado cuando llegó su propietario con la intención de retirar el vehículo y evitar así ser sancionado a lo que el agente se negó, requiriéndole

⁴⁹⁰ BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, pp. 115 y ss. Este autor también ha señalado esta idea de que no todo exceso de la violencia por utilización de medios inadecuados que hacen que la necesidad en concreto no se pueda apreciar puede traer como consecuencia la aplicación de la eximente incompleta y por tanto la pena atenuada.

que le mostrara la identificación, surgiendo entre ellos una discusión acalorada acerca de la falta de un requisito relacionado con el seguro del turismo. En el transcurso de la discusión el propietario del vehículo cogió al policía del cuello empujándole contra la pared, cogiendo también el policía del cuello a su agresor y cayendo ambos contra el capó del coche donde mantuvieron un forcejeo, siendo al final detenido el dueño del coche con la ayuda de otro policía. En dicha situación el infractor resultó lesionado con diversa consideración. La Audiencia Provincial de Madrid, condenó a ambos como autores de una falta de lesiones, y el Tribunal Supremo le absuelve aplicando la eximente contenida en el artículo 20.7 CP, con los siguientes argumentos:

“Descripción de lo acontecido que, sin lugar a dudas, supone, por parte del policía municipal, que se encontraba en ese momento realizando las funciones propias de su cargo y que tan sólo respondió a la agresión de que era objeto, iniciada en un primer momento por el automovilista, como hemos visto, el uso de la fuerza que legítimamente le otorga la propia Ley para casos como el enjuiciado y dentro de unos límites absolutamente proporcionados a las necesidades de semejante ocasión. Pues como dicen, entre otras, nuestra recientísima Sentencia de 19 de enero de este mismo año o la de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7385) : «...para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que "...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe"». «Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí concurre, evidentemente, pues no es posible concebir el que, ante la actitud agresiva, trasladada ya a las vías de hecho, del sometido a sanción, el funcionario pudiera cumplir con sus obligación sin antes repeler esa agresión que ya estaba sufriendo, con un alcance jurídico penal quizá incluso superior a la de la mera falta de Lesiones por la que fue condenado a la postre el agresor, cuestión en la que, no obstante, nos resulta vedado entrar en este momento. Y, por otra parte, «necesidad en concreto», o adecuación de la respuesta del agente del orden correspondiente a la gravedad del estímulo que justifica su conducta, que, como ya antes adelantamos, también está presente, pues, según los Hechos Probados de la recurrida, tan sólo se produjo un «forcejeo», aún cuando como consecuencia del mismo Ángel sufriera lesiones de cierta entidad, especialmente, al padecer un «esguince de ligamento lateral interno en la rodilla derecha». Procediendo, en definitiva, la estimación del Recurso y consecuente absolución del recurrente”.

Del mismo modo se pronuncia la STS 277/2004, de 5 de marzo, que trata de un supuesto en el que cuatro componentes de la Unidad Adscrita del Cuerpo Nacional de Policía a la Generalitat Valenciana se dirigieron a un pub

de Valencia a practicar una notificación de la Consellería de Justicia. Al entrar en el local y preguntar por el propietario, éste salió apresuradamente del mostrador donde se encontraba dirigiéndose hacia el interior, ante lo cual los agentes le siguieron, momento en el que una mujer se interpuso entre ellos y el dueño, debiendo apartar por la fuerza a la mujer que cayó al suelo y se golpeó con unas cajas del suelo, para tratar así de interceptar al sujeto que se daba a la fuga. Una vez detenido, los agentes encontraron en el interior del local un arma de fuego y cierta cantidad de cocaína. La Audiencia Provincial de Valencia condenó al policía que utilizó la fuerza contra la mujer como autor de una falta de lesiones imprudentes. El Tribunal Supremo absolvió al policía aplicando la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, en base a los siguientes razonamientos:

“Descripción de lo acontecido que, sin lugar a dudas, supone, por parte del policía municipal, que se encontraba en ese momento realizando las funciones propias de su cargo y que tan sólo respondió a la agresión de que era objeto, iniciada en un primer momento por el automovilista, como hemos visto, el uso de la fuerza que legítimamente le otorga la propia Ley para casos como el enjuiciado y dentro de unos límites absolutamente proporcionados a las necesidades de semejante ocasión. Pues como dicen, entre otras, nuestra recientísima Sentencia de 19 de enero de este mismo año o la de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7385) : «...para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que "...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe"». «Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí concurre, evidentemente, pues no es posible concebir el que, ante la actitud agresiva, trasladada ya a las vías de hecho, del sometido a sanción, el funcionario pudiera cumplir con sus obligación sin antes repeler esa agresión que ya estaba sufriendo, con un alcance jurídico penal quizá incluso superior a la de la mera falta de Lesiones por la que fue condenado a la postre el agresor, cuestión en la que, no obstante, nos resulta vedado entrar en este momento. Y, por otra parte, «necesidad en concreto», o adecuación de la respuesta del agente del orden correspondiente a la gravedad del estímulo que justifica su conducta, que, como ya antes adelantamos, también está presente, pues, según los Hechos Probados de la recurrida, tan sólo se produjo un «forcejeo», aún cuando como consecuencia del mismo Ángel sufriera lesiones de cierta entidad, especialmente, al padecer un «esguince de ligamento lateral interno en la rodilla derecha». Procediendo, en definitiva, la estimación del Recurso y consecuente absolución del recurrente, por concurrencia de la expresada circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, con la Segunda Sentencia que, a continuación de ésta, deberá dictarse.”

Otras resoluciones sin embargo resultan más problemáticas, y a modo de ejemplo puede citarse la STS 1929/2000, de 15 de diciembre, referida a la actuación de un policía que con un detenido que había sido conducido a comisaría y extrajo una bolsita de entre las ropas y se le introdujo en la boca. El agente, ante la sospecha de que se la tragara con las graves consecuencias sobre su salud que ello conllevaría, le agarró del cuello y le dio un manotazo en la zona auricular derecha. A consecuencia del golpe el detenido perdió el equilibrio cayendo al suelo sin que lograra tragarse la sustancia estupefaciente, sufriendo lesiones por el golpe recibido. La Audiencia Provincial condenó al agente de policía como autor de un delito de lesiones, y el Tribunal Supremo le absolvió aplicándole la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, por los siguientes motivos:

“Existen una serie de requisitos precisos que han de concurrir para la apreciación del ejercicio legítimo de un deber, tanto con valor de eximente completa como de eximente incompleta, cuando se trata de su aplicación en el caso de actuaciones policiales: 1º) que el agente del hecho sea un agente policial que legalmente esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones, 2º) que los hechos, cuya antijuricidad pudiera excluirse total o parcialmente mediante la apreciación de esta circunstancia, se hayan producido en el ejercicio de sus funciones, y 3º) que para el cumplimiento de esas funciones precise el agente en el concreto caso el uso de una actividad violenta. Cuando la actuación violenta del agente policial sea proporcionada a la que las circunstancias requieren y se haya utilizado el medio menos violento y del modo menos lesivo posible, el efecto del cumplimiento del deber puede alcanzar a justificar la actuación constituyendo una eximente, pero si, en cambio, la intervención violenta es desproporcionada y excesiva en relación con la precisa para evitar el mal para cuya solución o prevención está autorizado el agente, el alcance justificador de esa conducta es sólo parcial y limitado a constituir una eximente incompleta con el efecto de atenuante. Difícil es de determinar el grado de necesidad de la actuación del agente, tanto para él mismo al actuar, como luego para el juez, y en especial cuando, como en el presente caso, la intervención debía ser inmediata y rápida. Sin embargo, parece que la utilizada por el acusado cuando cumplía sus funciones en el presente caso fue precisa porque, ante el rápido e inesperado introducirse en la boca por una persona de sustancia, que, dada la situación de encontrarse el policía acusado buscando sobre la de un sospechoso de posesión ilícita de drogas, había que suponer con un elevado grado de probabilidad que de tal clase era la que se metía en la boca, con propósito de tragarla y hacerla así desaparecer como elemento cuya posesión le incriminaba, pero cuya ingestión le ponía también en grave peligro para su salud, la actividad que del policía se requería para evitar el peligro de la persona era la encaminada a impedir que el sospechoso la deglutiera, para lo que, con una mano le agarró por el cuello, y con la otra le golpeó la cabeza con el fin de producir un movimiento de la misma que determinara impedir o dificultar tragar lo que en la boca se había metido. Manifiéstase en los fundamentos jurídicos de la sentencia que la apreciación de la debilidad del

sujeto golpeado debió determinar al policía a golpear menos fuertemente, pero tal argumento no refleja necesariamente la fuerza extremada del golpe, ya que podría también ser que esa debilidad determinara mayor gravedad a un golpe no muy fuerte, y que recayó sobre la zona auricular por ser la más accesible al brazo del policía situado frente a frente con la persona que golpeó. Ante la necesidad razonable de la violencia ejercida hay que entender que esa conducta del acusado merece la consideración y el valor de una eximente completa, con lo que procede la estimación del motivo, lo que a su vez determina la innecesidad de considerar el quinto y último motivo del recurso”.

También resulta dudoso el fallo contenido en la STS 1009/1993, de 7 de mayo, referido al supuesto de un policía que tenía encomendada la función de custodiar a un penado por delito de homicidio mientras le conducían al hospital al haber fingido que estaba enfermo. Ya en el hospital solicitó ir al baño y aprovechó esta circunstancia para escapar y darse a la fuga, siendo perseguido por el agente que le advirtió en numerosas ocasiones que se detuviera, le avisó de que le iba a disparar y que a modo de advertencia efectuó un único disparo con intención disuasoria y con dirección al suelo, cuyo proyectil rebotó y le impactó en el cuello provocando el fallecimiento de esta persona. La Audiencia Provincial de Tenerife condenó al policía por un delito de homicidio y el Tribunal Supremo le absuelve en una segunda sentencia por aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, alegando lo siguiente:

“Centrado el tema jurídico así planteado en torno a la aplicabilidad de la eximente, conocida es la doctrina jurisprudencial que exige los tres requisitos: el obrar en acto de servicio, el no haber provocado al sujeto pasivo por extralimitación o abuso del cargo y la necesidad o proporción del medio empleado. En cuanto a los dos primeros hace falta insistir puesto que la sentencia de instancia aceptó plenamente su concurrencia, es pues respecto al último que debemos examinar con detenimiento si de la secuencia fáctica, a la que esta motivación ha de ceñirse y, en efecto, así se acepta por el recurrente, se desprende suficientemente su existencia (...) Por eso el Tribunal de instancia descartó no sólo el homicidio frustrado sino también las lesiones dolosas. Y, tras insistir en sus fundamentos en la finalidad intimidante para abortar la fuga, insiste también en la «candidez, buena fe e imprevisión» del sujeto agente y hasta reconoce que «el disparo era necesario como medio de intimidación» y admite que con esos antecedentes, pese a jurisprudencia aducible en casos similares, «cabría preguntarse por qué no se aprecia la eximente». Y es que realmente los hechos y su valoración están hasta ahí dibujando un caso típico de ejercicio del deber. Sin duda, movidos en el fondo por las secuelas graves de la herida, se buscó en la sentencia una base punitiva para la indemnización civil, y así se valoró el uso del arma como no absolutamente proporcionado. Y para ello se recurrió a suposiciones de tan discutible fundamento práctico como que se pudo reclamar y esperar refuerzos

(el que corrió amenazado por la pistola lo mismo lo hubiera hecho parado que en marcha y con más peligro para terceros en la calle que en el terraplén) o que dada la insularidad (¡de Tenerife con gran perímetro costero y abundantes puertos y fondeaderos, y tráfico exterior complejísimo!) la evasión a la larga ya se habría impedido, mera suposición de escaso fundamento. Y prescindiendo, por supuesto, de las previsibles consecuencias disciplinarias para el custodio responsable de ese claro deber de impedir la fuga. Estos argumentos no son convincentes para descartar ni la proporcionalidad ni por ello la concurrencia de todos los requisitos del ejercicio del deber. A la vista de los hechos (y de buena parte de las consideraciones) esta Sala alcanza la conclusión contraria a la de la instancia. La audacia y obstinación del delincuente -abusando de su confianza en la humanidad del policía y en las cicateras valoraciones en el uso del arma, como la que aparece en la sentencia, que llevarían prácticamente a bloquear absolutamente su uso-, fue lo que ocasionó el riesgo y, en definitiva, la índole del impacto se debió a sus movimientos irregulares para esquivar la puntería, aunque por paradoja del destino llevaran precisamente al efecto contrario, agravando sus consecuencias. Lo que cuestiona seriamente la responsabilidad culposa al romper el nexo en que basar la imputación objetiva. No quedaba al guardián otro medio, salvo la pasividad y por lo tanto la permisión de la fuga, conducta no exigible jurídicamente pues se opondría al deber del cargo. Así hay necesidad y proporcionalidad que ha de predicarse del medio, no del resultado, que en este caso se sale de todo principio de culpabilidad.”

Otro caso de imprudencia es el que resuelve la STS 669/1992, de 24 de marzo, donde es avisada la policía para que se personara durante la noche en un establecimiento que estaba siendo desvalijado, llegando al lugar tres agentes y comprobando que la puerta había sido fracturada, penetrando en el interior con el arma montada e iluminando la estancia con una linterna, momento en el que observaron a un individuo que no ostentaba ningún arma al que se le ordenó que se pusiera contra la pared reaccionando el sujeto arrojando un bote que al parecer contenía amoníaco y forcejeando con uno de los agentes, momento en el que el arma se disparó, causando la muerte del ladrón. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al agente por homicidio por imprudencia leve, siendo absuelto por el Tribunal Supremo a aplicar la eximente contenida en el artículo 20.7º CP, con los siguientes argumentos:

“La única precaución que echa en falta la fundamentación de instancia es que no debió haberse llevado la pistola amartillada, porque entonces hubiera hecho falta mayor presión, pero, aparte de olvidar que en este supuesto también hubiera hecho falta la colaboración de la mano derecha, lo que imposibilitaba el registro y retrasaba peligrosamente la posibilidad de su uso llegado el caso necesario, se olvida que al entrar ya estaba justificado el aprestar el arma. Exigir en esos momentos, como se dice en un pasaje de los fundamentos que motivan la sentencia, la exclusión a priori del arma de fuego y que, pese a la resistencia del detenido, tengan los Policías que reducir a sus agresores sin

usar sus armas, aun exponiéndose a «resultados lesivos para su integridad física de los agentes de la autoridad» (sic) resulta una afirmación dogmática exagerada, apartada de las necesidades prácticas de la realidad actual de enfrentamiento con una delincuencia cada vez más numerosa y más crecida, abusando de las garantías del estado de derecho; no se puede llegar hasta negar a dichos agentes su derecho de defensa proporcionada y su deber de eficacia en la lucha contra el crimen para defender a la sociedad, garantizando esa seguridad ciudadana por la que tanto clama hoy, patentemente, el ambiente social (recordemos el art. 3.º del Código Civil). Ni la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986 (RCL 1986\788) veda el uso del arma dentro de principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad (que aquí se aprecian), según su artículo quinto núm. 2, aps. c y d y tal Ley tampoco podía, suponiéndola de exigencia más restrictiva, obligar en la fecha de autos (30-9-1981) pues se promulgó en 13-3-1986 (BOE del 14 de marzo). Concurren en el caso los tres requisitos de la eximente: la necesidad de cumplir el deber profesional, la ausencia de extralimitación o abuso y la proporcionalidad de medios. En resumen, el deber profesional en aquellas circunstancias justificaba el tener el arma montada, aun así el disparo no se hubiera producido sin la actitud agresiva de resistencia del sujeto pasivo. Así los hechos no puede sostenerse que la conducta del inculpado omitiera las más elementales cautelas exigibles dado que su actuación guardó proporcionalidad y congruencia de medios autorizados por su deber en relación con las necesidades prácticas de su cumplimiento y en relación con el evento en que se encontraba, sin que se encuentre extralimitación, que enervare la causa de justificación.”

También ocurre, aunque de forma aislada, que la falta de necesidad en concreto no dé lugar a la aplicación de la eximente incompleta como viene siendo habitual y no se llegue a aplica la figura en ninguna de sus formas posibles, como ocurre en la STS 2184/1992, de 20 de octubre, que trata de un asunto relacionado con la actuación de tres policías municipales que al detener al supuesto autor de un delito que mostraba un comportamiento violento, debieron utilizar las defensas, si bien el modo y el momento en que lo hicieron hace inaplicable dicha eximente. La Audiencia Provincial de Vitoria condenó a los policías por delito de lesiones, y el Tribunal Supremo confirmó dicha sentencia pese a que se alegó la aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber por la defensa de los acusados. El Alto Tribunal toma su decisión en base a los siguientes argumentos:

“Como repetidamente ha dicho la jurisprudencia en supuestos semejantes al ahora enjuiciado, para que pueda aceptarse esa eximente es necesario, no sólo que el autor o autores de la acción delictiva actúen en su calidad de agentes de la autoridad, sino también que su comportamiento violento sea imprescindible para alcanzar la finalidad de la función pública que les está encomendada, habiéndose distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en «abstracto» y la considerada en «concreto», de tal

manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última, valorando para ello los medios empleados por los agentes en su actuación y la proporción o desproporción en su actuación violenta. En el caso que nos ocupa, de una lectura de los hechos que se declaran probados, a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, se deduce que los ahora recurrentes tuvieron necesidad lógica de emplear la fuerza para reducir al rebelde y restablecer el orden perturbado e, incluso, que los medios empleados (las llamadas «defensas») no eran desproporcionadas para llevar a buen fin el cumplimiento de su deber, pero lo que sí resultó desproporcionado fueron los múltiples y sucesivos golpes que propinaron a su oponente y que le causaron lesiones de bastante consideración, que se nos muestran a todas luces innecesarias en la concreta labor de los agentes implicados y que parecen debidas más bien a una acción de réplica vengativa, rayana en los malos tratos, que a una adecuada acción policial. Sin embargo, al existir el requisito de la necesidad «abstracta», podría discutirse si a los recurrentes se les debe aplicar la eximente incompleta, 1.ª del art. 9, cuestión esta que ha de resolverse en sentido negativo por estas dos razones: a) Porque la desproporción en el empleo de la fuerza es tan evidente, que los que la emplearon no son merecedores de ese beneficio, máxime si tenemos en cuenta que la violencia excesiva empleada lo fue después de que se hubiera reducido al díscolo. b) Porque, como bien razona la Sala de instancia, la disminución de la pena que podría haberseles impuesto se produce de hecho por la aplicación del párrafo segundo del art. 420, en vez del primero, no siendo lógico «establecer una nueva degradación de la pena manifiestamente improcedente, por incompatible» (no se olvide que de la pena posible de prisión menor, la Sala de instancia, con total benevolencia, impone la de simple multa)».

Un caso problemático a mi juicio presenta la STS 1668/1999, de 29 de noviembre, referida a un supuesto donde un individuo armado con una escopeta recortada intenta atracar una farmacia siendo impedido por el dueño, que forcejea con el mismo y logra quitarle el arma, ante lo que el agresor responde esgrimiendo una navaja. Al llegar los agentes policiales que habían sido avisados se da a la fuga siendo perseguido primero en coche y luego a pie. Al llegar hasta él, este sujeto saca una pistola con la que encañona a uno de los agentes, que le hace numerosas advertencias de que deje el arma, sin lograr su propósito, efectuando varios disparos al suelo, uno de los cuales le alcanza en un pie, pero sigue la huida. Después de otra persecución se logra alcanzarlo y de nuevo este individuo vuelve a encañonar a uno de los agentes, siendo también advertido en muchas ocasiones. Otro de los agentes dispara al aire y esto provoca una reacción extraña por parte del atracador que es interpretada por otro de los policías como que iba a utilizar el arma y dispara dos veces contra este sujeto, provocando su muerte. La Audiencia Provincial de Barcelona absuelve a los policías acusados de homicidio, y el Tribunal

Supremo revoca esta resolución y los condena por homicidio concurriendo la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber y legítima defensa. Los razonamientos del TS son los siguientes:

“es de apreciar un exceso o desproporción en el cumplimiento del deber exigido a cualquier agente de la autoridad, pues en su ejercicio no se guardaron ciertas normas que la prudencia exige a cualquier ciudadano y mucho más a un miembro de la policía que, amén de estar armado con el peligro que ello entraña, debe estar preparado psicológicamente para defender a la sociedad pero con la mesura y proporción que cada caso requiera. Insistimos, en el cumplimiento de ese deber se aprecia en el encausado un exceso o falta de proporcionalidad entre la misión que tenía encomendada y los medios empleados para llevarla a cabo, debiéndosele aplicar tal eximente pero con carácter parcial, de acuerdo con lo establecido en el referido artículo 9.1ª del Código Penal”.

Puede apreciarse que en esta sentencia se han endurecido los requisitos exigidos para aplicar la eximente que estudiamos, teniendo en cuenta el caso concreto, el peligro concreto derivado del enfrentamiento contra un individuo armado de una pistola que se niega reiteradamente a cejar en su actitud pese a las persistentes advertencias efectuadas por los agentes y los disparos de advertencia.

A partir de lo dicho hasta aquí pueden hacerse algunas consideraciones. En primer lugar, que delimitar el contenido del principio de necesidad en abstracto y en concreto de la violencia es trascendental para el estudio que estamos efectuando, por cuanto la ausencia de la primera traerá consigo la inaplicación de la eximente y la falta de la segunda podrá dar lugar a su aplicación de forma incompleta. En este sentido, se puede concluir que es justamente ésta la tendencia generalizada que sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como hemos podido comprobar, aunque también se han podido apreciar ciertos vaivenes jurisprudenciales en la aplicación de estos criterios motivados a mi juicio, por la exigencia de adaptarlos al supuesto concreto, sin perjuicio de la existencia de resoluciones aisladas que suponen una quiebra a la línea general mencionada. Solo restaría incidir en los casos más habituales, y también en los más problemáticos, de aplicación de la eximente incompleta, de lo que nos ocuparemos con mayor detalle al final del

capítulo siguiente, donde se analizarán, además de la falta de necesidad en concreto, otros criterios que conducen al mismo resultado, como la falta de proporcionalidad entendida como ponderación de intereses, y otras causas de rebaja de la pena como los supuestos de error o la imprudencia.

2.4.- La proporcionalidad en el uso de la fuerza por los agentes policiales.

El significado que del principio de proporcionalidad en materia penal sigue una buena parte de la doctrina es el propuesto por COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, al que denominan principio de **proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso**, que a su vez, acoge tres manifestaciones diferentes: el principio de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, y que está estructurado principalmente para medir la razonable intensidad en la aplicación de las penas y su clara vinculación con la protección del bien jurídico.⁴⁹¹ En este mismo sentido, y con el mismo contenido, se ha pronunciado ALEXY al señalar como subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁹²

Si analizamos el significado que la mayoría de autores ha otorgado a estas manifestaciones o subprincipios que se derivan del principio de proporcionalidad⁴⁹³, informadoras principalmente del Derecho punitivo, y los

⁴⁹¹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 81 a 90. Estos autores configuran el principio de proporcionalidad como “límite al poder de policía, para luego generalizarse hasta convertirse en un principio general del Derecho público, que rige el establecimiento y aplicación de toda suerte de medidas restrictivas de los derechos y libertades.”

⁴⁹² ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11 a 29.

⁴⁹³ Vid. por todos, TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. *Concepto de Derecho Penal. Concepto, principios rectores del poder punitivo y límites de la vigencia de la ley penal*. UOC. PID_00179724 29, pp. 28-29. Esta autora entiende que el **principio de adecuación** “exige que el Derecho penal se presente como apto para tutelar el bien jurídico de que se trate, y que la medida adoptada por el legislador aparezca como adecuada a la finalidad perseguida; dado que, como hemos mencionado en repetidas ocasiones, el Derecho penal sólo se justifica en aras de la tutela de bienes jurídicos, no lo estará si la pena no consigue ser apta para esta tarea de prevención. Y ello afecta también a la dimensión cualitativa de la pena (esto es, a la clase de pena impuesta por el legislador).” Por su parte el **principio de necesidad** “obliga al legislador a conminar los delitos con las mínimas penas imprescindibles para lograr su finalidad preventiva, y al juez, en el momento aplicativo, a sustituir la pena privativa de libertad por

intentamos reconducir al ámbito de las actuaciones policiales, podemos extraer que la adecuación puede vincularse a la idoneidad del medio empleado para lograr el objetivo que se debe cumplir. También aquí puede decirse que el medio coactivo utilizado debe ser el “*apto para tutelar el bien jurídico de que se trate*”. Utilizar una defensa policial puede ser el medio más adecuado para resolver un conflicto donde una persona esgrime un arma blanca como hemos visto. En segundo lugar, el medio debe ser utilizado de la forma menos lesiva para ello (subprincipio de necesidad derivado de la proporcionalidad en sentido amplio), y por ello, si la situación no hace exigible el uso de fuerza ésta no se utilizará, y si se hace imprescindible, se utilizará en la forma precisa para lograr el objetivo causando el menor daño posible. Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto guarda una mayor relación con el principio de ponderación de intereses que es el más seguido por la doctrina como veremos. Tal y como se define este criterio derivado del principio genérico de proporcionalidad en sentido amplio, se produce aquí una valoración de los intereses en juego, que en clave de actuaciones policiales, supone que se tengan en cuenta tanto los intereses que se quieren proteger como los intereses que se pueden lesionar con la actuación de los agentes.

COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN configuran el principio de proporcionalidad como “*límite al poder de policía, para luego generalizarse hasta convertirse en un principio general del Derecho público, que rige el establecimiento y aplicación de toda suerte de medidas restrictivas de los*

otras menos gravosas allí donde sea posible por existir mecanismos legales a tal efecto.” Por último, el **principio de proporcionalidad en sentido estricto** como “*la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto –que funciona como un límite esencial a eventuales tendencias incrementadoras de las penas encaminadas a la consecución de una mayor prevención general– obliga a que la sanción legalmente prevista atienda a la gravedad del hecho, para lo cual ha de considerarse sobre todo cuál es el bien jurídico atacado, así como el grado de lesión o de peligro para el mismo inherente a la conducta típica. Aunque entiende que ésta es una valoración cuya realización corresponde en principio al legislador, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad de un precepto en caso de haberse previsto penas desorbitadas. En cualquier caso, del principio se deduce, asimismo (en su conexión con el principio de igualdad), que el legislador tiene vedada la asignación a una determinada conducta de una pena igual o más grave que la prevista para un comportamiento más disvalioso”.*

derechos y libertades".⁴⁹⁴ También lo hace en este sentido MIR PUIG, que ha señalado que el principio de proporcionalidad *"ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal"*.⁴⁹⁵ A la vista de estas afirmaciones puede apreciarse ya una clara vinculación entre el principio de proporcionalidad y la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, en muchas ocasiones, lesionan derechos y libertades de los ciudadanos (cacheos, detenciones, registros, etc). Por este motivo, entiendo que es indudable la conexión existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad que ALEXY denomina y defiende como *"tesis de necesidad"*, frente a los que consideran que dicha conexión no existe y que ha definido este autor como *"tesis de contingencia"*.⁴⁹⁶

Así se ha considerado por algunos autores que, antes de la aprobación de la LOFCS que lo consagra expresamente, ya lo consideraban como *"criterio decisivo de toda la actuación policíaca"*,⁴⁹⁷ y no solo como criterio citado en normas policiales anteriores a la aprobación de la LOFCS⁴⁹⁸ sino como principio rector del ordenamiento jurídico penal y también en otros *"sectores de la actividad de los Poderes públicos"*.⁴⁹⁹ En este sentido de constituirse el principio de proporcionalidad en límite de la actividad de los poderes públicos, y referido al ámbito del Derecho Administrativo, tan próximo a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por su pertenencia estructural a la Administración Pública, algunos autores opinan que se debe construir su contenido *"enraizándolo en el propio principio de legalidad de la Administración y, en particular, en el ejercicio de las potestades administrativas, especialmente"*

⁴⁹⁴ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 81.

⁴⁹⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 138.

⁴⁹⁶ Una explicación más detallada sobre este asunto se encuentra en ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad"...*Opus cit.*, pp. 11-12.

⁴⁹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "Tirar a matar", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, p. 732.

⁴⁹⁸ Véase el Capítulo II, epígrafe 1.2.

⁴⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "Tirar a matar"...*Opus cit.*, p. 733. Este autor citando a CÓRDOBA RODA opina que de no regir el principio de proporcionalidad *"llevaría a primar la acción directa sobre las más ponderada y garantista, que es la que corresponde a un Estado democrático de Derecho. De esta suerte se derogaría de hecho toda la función punitiva, en tanto que legislativa y jurisdiccional, transmutándola en policial, sujeta únicamente al principio de oportunidad"*.

en las de producción normativa y en las potestades administrativas, determinantes ambas de la misión conformadora y de limitación de derechos de los particulares por razones de interés general que el Derecho atribuye a la Administración.⁵⁰⁰

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del RJAP y PAC contiene dos referencias expresas al principio de proporcionalidad, la primera en el ámbito de la ejecución forzosa de los actos administrativos y la segunda al referirse a los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.⁵⁰¹

No es baladí traer a colación aquí esta referencia a la normativa administrativa, por cuanto de ella pueden derivarse consecuencias similares a las que nos encontramos al referirnos al principio de proporcionalidad en el ámbito estrictamente penal; de hecho ambos ordenamientos forman parte del

⁵⁰⁰ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., “El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5. Septiembre-diciembre 1998, p. 144. Este autor considera que ya puede apreciarse este principio de la lectura de los artículos 103 y 106 de la CE, tal y como así lo expresó las SSTC de 2 de julio y 10 de noviembre de 1981 y 62/1982, de 15 de octubre, en las que el Tribunal Constitucional “repcionó y aplicó el principio de proporcionalidad, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como un auténtico principio constitucional en el específico ámbito y al servicio de los derechos y libertades fundamentales, sin perjuicio de reconocerlo además como un principio general del Derecho.”

⁵⁰¹ El artículo 96 LRJAP y PAC referido a los medios de ejecución forzosa establece que “1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios: a.- Apremio sobre el patrimonio. b.- Ejecución subsidiaria. c.- Multa coercitiva. d.- Compulsión sobre las personas. 2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual. 3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. El artículo 131 de la misma norma regula de manera expresa el principio de proporcionalidad al decir que “1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a.- La existencia de intencionalidad o reiteración. b.- La naturaleza de los perjuicios causados. c.- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

denominado *Derecho sancionador*.⁵⁰² Así, el artículo 96.1 de la LRJAP y PAC contiene una mención expresa en este sentido al decir que las actuaciones de las Administraciones Públicas deben respetar “*siempre el principio de proporcionalidad*”, y también una mención tácita ya que puede deducirse este principio de la exigencia legal de “*la elección del medio menos restrictivo de la libertad individual*”. Del mismo modo, en el artículo 131 se puede apreciar la manifestación de este principio al referirse a “*la adecuación del contenido de la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción*” que guarda una gran similitud con otros criterios como “*idoneidad, razonabilidad, congruencia o necesidad*”.⁵⁰³

Se aprecia una gran coincidencia de significados en todos estos conceptos derivada precisamente, en mi opinión, y como venimos viendo, de la amplitud de supuestos a los que la proporcionalidad puede aplicarse. Si nos fijamos en la definición del término proporcionalidad que hace el diccionario tenemos que es la “*conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*”.⁵⁰⁴ Al adaptar esta definición a la materia que estamos tratando y en la línea que ya hemos apuntado, parece claro que la proporcionalidad es un requisito que debe presidir la cantidad de fuerza que se está utilizando (necesidad en concreto)⁵⁰⁵, pero también un principio que debe regir el juicio de ponderación de intereses tal y como decíamos al inicio de este epígrafe.

⁵⁰² Con detalle, BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, pp. 96-98, señalando que hay autores que consideran que dicha conexión no es posible

⁵⁰³ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., “El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, en *Cuadernos de Derecho Público... Opus cit.*, p. 148.

⁵⁰⁴ Significado extraído de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

⁵⁰⁵ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 525-526. Precisamente este autor aborda esta misma cuestión al decir que si consideramos que el principio de proporcionalidad opera en materia de “*ponderación de bienes en juego*”, en el ámbito de los “*medios o instrumentos que usa el policía y el sospechoso (...) se podría reconducir más bien por la idea de congruencia*”, para evitar precisamente, en mi opinión, dicha confusión de términos o utilización en aspectos diferentes, que por otra parte serían posibles.

También MIR PUIG ha planteado que el principio de proporcionalidad “debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales.”⁵⁰⁶ Esta afirmación referida principalmente a la aplicación de las penas privativas de libertad, donde el Estado lesiona el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17 CE, puede perfectamente hacerse extensible a otro tipo de incidencias estatales en los derechos de los ciudadanos, en este caso protagonizadas por los componentes de las FCS, como por ejemplo en el derecho a la libertad de circulación, integridad física o la propia libertad personal, en casos como la identificación o detención policiales.

Algunos autores defienden también que el principio de proporcionalidad puede extraerse del artículo 1.1 de la Carta Magna, que consagra la justicia e igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico⁵⁰⁷ y que como es sabido y ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tienen valor normativo directo y aplicable.⁵⁰⁸

Para el caso que nos ocupa, el significado que una buena parte de la doctrina otorga al principio de proporcionalidad es el de la **ponderación de**

⁵⁰⁶ Así la STC 136/1999, de 20 de julio (caso mesa de Herri Batasuna), referida a la desproporción de una pena impuesta y excarcelación de los miembros Mesa Nacional de Herri Batasuna, también mencionada en la cita nº 77 por MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 138, nota 77. Alude este autor a que “no sólo es preciso que pueda «culparse» al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido”, con una clara referencia a la ponderación de intereses.

⁵⁰⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, M.I., “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1994, p. 1114. Asimismo JAEN VALLEJO, M., “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1987, p. 1148, rechaza que el principio de proporcionalidad pueda derivarse de la redacción del artículo 15 CE (integridad física y moral), ni del 25.1 (principio de legalidad), sino que se desprende de los artículos 1 CE (Estado de Derecho y valores superiores) conjuntamente con lo previsto en el artículo 10 (dignidad de la persona). En cambio COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 82, afirman la vigencia del principio a partir del artículo 1 de la CE pero lo vinculan a la libertad como valor superior. Por su parte el Tribunal Constitucional, en STC 62/1982, de 15 de octubre, ha asentado que el principio de proporcionalidad se debe extraer del artículo 10.2 de la Constitución en relación con los artículo 10.2 y 18 del Convenio de Roma. Otras resoluciones del TC se han ocupado de este principio como las STC 160/1987, 55/1996 y 161/1997.

⁵⁰⁸ Véanse las SSTC de 2 de febrero de 1981 y 31 de marzo de 1981, que expresamente reconocen el carácter informador de los principios generales del Derecho.

intereses, lo que supone efectuar un juicio previo por parte del agente policial donde se deben valorar los bienes en juego y que consiste en concluir si la fuerza que se pretende desplegar justifica el objetivo perseguido.⁵⁰⁹ Dicho de otra forma, se trata de ponderar los males causados para que éstos no sean superiores a los que se pretendían evitar en una valoración *ex ante*, sin olvidar su vinculación con el principio de necesidad tal y como veremos más adelante. Y subrayamos que este juicio debe efectuarse de forma previa a la toma de decisión del agente por la importancia que tiene respecto de la posición asumida acerca del elemento subjetivo de justificación y del denominado «examen conforme a deber» que trataremos más adelante.

ALEXY, al analizar la diferencia entre los conceptos de principio y regla, ha señalado que éstas son “*normas que exigen algo en forma definitiva (...) mandatos definitivos*”, mientras que los principios son “*mandatos de optimización (...) exigen que algo sea realizado «en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes»*” y añade que dichas “*posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los*

⁵⁰⁹ MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, pp. 254-255; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 498; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”... *Opus cit.*, p. 1025; Aunque la denominación que utiliza es la de *grado de interés*; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7”, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 229; LUZÓN PEÑA, D.M. *Enciclopedia Penal Básica... Opus cit.*, p. 634; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 325. Aunque estos autores no citan expresamente el principio de proporcionalidad sí que se refieren a que debe producirse una ponderación de intereses; SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 139; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 113; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 526-527); CERVELLO DONDERIS, V., *Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva... Opus cit.* p. 32; NUÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 225; VIEITES PÉREZ, C., “El uso de armas por agente de la autoridad”, en *Diario La Ley*, tomo 2. 1996, p. 2.

principios opuestos”. Configurado así el principio de proporcionalidad como un mandato de optimización, para extraer de qué forma se aplica al supuesto concreto, será necesario confrontarlo con otros posibles principios que puedan ser aplicados y así, mediante esta ponderación extraer *“el grado apropiado de satisfacción”*. Desde esta perspectiva, *“la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios”*.⁵¹⁰

Opino que también es esta la postura de CÓRDOBA RODA, que define la proporcionalidad como el juicio que supone *“ponderar el resultado al que conduce la acción violenta, en relación a aquél que se pretende alcanzar a través de la misma.”*⁵¹¹ Es decir, supone que el agente valore de forma previa a su actuación si las consecuencias que se prevé que se van a derivar de la utilización de la fuerza que va a emplear, es adecuada a la gravedad del hecho que la ha motivado. Por decirlo de una forma muy gráfica, consistiría en valorar si para sancionar una infracción de tráfico puede ser proporcionado utilizar la fuerza física o incluso algún tipo de arma como una defensa u otras. Por tanto, supone una *“relación medio-fin”*, donde *“es preciso examinar las desventajas que se intentan evitar con la medida por un lado, y aquellas que la medida provoca por otro, tanto en los particulares como en la generalidad, y comparar ambas.”*⁵¹²

⁵¹⁰ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”...*Opus cit.*, pp. 12-13

⁵¹¹ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...**Opus cit.*, p. 229; En el mismo sentido SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I...**Opus cit.*, pp. 433-434, la define como *“racionalmente necesaria y proporcionada para el cumplimiento de sus funciones, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes del caso”*; y SÁNCHEZ MELGAR, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia I*. Editorial Jurídica Sepín. 2ª edición. Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2006, p. 168, la define como *“proporcional a la función a realizar”*.

⁵¹² SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...**Opus cit.*, p. 139; ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 15, lo ha equiparado a lo que él denomina ley de ponderación, que establece que *“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*, o lo que es lo mismo, que debe prevalecer el interés preponderante.

También se ha referido a este principio la jurisprudencia, como la STS de 16 de marzo de 1990, que refiriéndose a la eximente contenida en el artículo 8. 11^a (hoy 20. 7 CP), de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y aunque en este caso, referida al ejercicio del derecho a la información, también extensible a todos los casos que prevé la eximente, señala que:

*“A la misma conclusión se llega si se acude, como hace el recurrente, a la eximente 11.^a del art. 8 del Código Penal pues es claro que el ejercicio de un derecho es **per se** una causa de justificación, basada como tal en el **principio del interés preponderante** que hace prevalecer el derecho a la información cuando el mismo se actúa sobre el interés colectivo anejo a la acción política y administrativa en cualquiera de sus ramos o aspectos, prevalencia que decae cuando a dicha crítica se unen afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, **en todo caso innecesarias** para el fin de la formación de la opinión pública o cuando la información se vierte por entero en cuestiones relativas a la vida privada de las personas, en cuyo caso, según palabras del Tribunal Constitucional, «el honor alcanza su más alta eficacia» (Sentencia 104/86 ya citada)”.*

En cuanto al momento en que debe efectuarse dicha ponderación, si bien es cierto que también tendrá su aplicación en un momento posterior al hecho por parte de los jueces, para saber si ha sido correcta con arreglo a los parámetros del hombre medio, ésta debe efectuarse por el agente antes de iniciar la actuación. Así lo ha señalado ARROYO JIMÉNEZ que no se opone a que *“el control de proporcionalidad pueda ser ejecutado ex ante con una finalidad prospectiva por el sujeto llamado a adoptar la medida. En este caso, el mismo sujeto que adopta la decisión aplica el principio de proporcionalidad con el fin de anticipar cuál habría de ser el resultado de dicho juicio de control y, en particular, si la medida por él proyectada se encuentra o no en condiciones de satisfacerlo.”*⁵¹³

En este sentido, ya han sido citadas anteriormente algunas resoluciones en las que queda reflejado este juicio que debe realizar el agente, como la STS de 16 de mayo de 1983, en la que se afirma que:

⁵¹³ ARROYO JIMÉNEZ, L., “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, p. 15.

“el uso de las armas debe estar precedido, cuando se halla en manos de los servicios del orden, de un juicio sereno y reflexivo, y acompañado de pericia y cuidado, de forma que el respeto a la Ley y la restauración del orden público se logre siempre con el menor daño y quebranto para personas y cosas.”

Asimismo, se exige igualmente esta serenidad de los agentes en el momento de tomar la decisión de actuar en la STS de 20 de abril de 1990, referida al disparo efectuado por un miembro de la Guardia Civil contra un coche que huía:

*“el Tribunal de instancia ha fundamentado la calificación de imprudencia temeraria que le ha merecido el disparo letal en «una falta de serenidad y estado de nerviosismo difícilmente compatible con la delicada misión que le estaba encomendada» al autor. El resultado además era previsible, y debió ser previsto, por tratarse de un vehículo en marcha y la hora nocturna”.*⁵¹⁴

Esta forma de entender el principio de proporcionalidad como ponderación de intereses se encontraba también presente en normas internacionales y reglamentarias actualmente no vigentes, como ya vimos,⁵¹⁵ donde se aludía a la proporción entre la infracción cometida y el objetivo que se persigue.

Como hemos comprobado, el criterio de necesidad es uno de los aspectos que contiene el principio de proporcionalidad en sentido amplio según han planteado COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Esta circunstancia, unida al hecho de que el agente deba realizar un juicio previo para valorar si se produce ese equilibrio racional entre la fuerza que va a utilizar y el objetivo que se persigue, es lo que ha podido influir en algunos autores que equiparan los principios de proporcionalidad y de necesidad.⁵¹⁶ Recordemos que también la

⁵¹⁴ También exige el Tribunal Supremo un juicio sereno y reflexivo de los agentes antes de su actuación la STS 670/1998, de 14 de mayo.

⁵¹⁵ Véase Capítulo II, epígrafe 2.7. En el caso de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado en el Octavo de Naciones Unidas, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se señalaba en su artículo 5 a) que *“ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.”* Por su parte la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado de 14 de abril de 1983, en relación a las normas para el uso de armas de fuego disponía como premisa final que *“si se duda de la gravedad del delito o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar”*.

⁵¹⁶ CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid, 2014, p. 110. Este autor asocia ambos principios

necesidad en abstracto exige de una valoración *ex ante* por parte del agente al objeto de decidir si para lograr el objetivo de su función es absolutamente imprescindible el uso de fuerza o violencia.

En sentido contrario, SÁNCHEZ GARCÍA señala que son claramente diferentes, y así *“mientras el principio de necesidad se limita a comparar distintos medios, para elegir de entre los idóneos en orden a la meta buscada, el menos lesivo posible; el principio de proporcionalidad, en cambio, se ocuparía de la relación normativa entre medio y fin, ponderando si el fin perseguido justifica el medio, adecuado y necesario, utilizado. De esta forma, el principio de necesidad quedará libre de aspectos valorativo-éticos siendo indiferentes tanto el fin perseguido como la relación entre desventajas y ventajas que produce la medida elegida. La economía, eficiencia y finalidad del uso de medios, orientan el examen de necesidad; mientras que el principio de proporcionalidad se orienta normativamente al ideal de justicia.”*⁵¹⁷

La tesis mantenida en este trabajo respecto del principio de necesidad es que puede ser de aplicación en momentos diferentes. Por un lado se encuentra la necesidad en abstracto referida al juicio previo para determinar si es necesario utilizar algún tipo de fuerza para cumplir con la misión policial, y por otro lado la necesidad en concreto donde se va aplicando la fuerza en la intensidad adecuada a la situación concreta. Sin perjuicio de que la proporcionalidad en sentido estricto debe guiar en todo momento la actuación de los agentes policiales, parece que guarda una mayor conexión con el criterio de necesidad en concreto porque es en este segundo momento donde ya ha

al referirse a la *“ponderación entre los bienes a proteger y los bienes de necesaria lesión para asegurar aquéllos”*, diciendo que *“la norma que autoriza al policía a emplear si es necesario su arma reglamentaria para detener a un sospechoso, incluye una cláusula de necesidad (proporcionalidad) que puede determinar que aquel uso de la fuerza por la autoridad sea desproporcionado y por tanto no justificado.”* Se está refiriendo aquí a los dos momentos en los que se desdobra el principio de necesidad, por un lado el momento previo al uso de la fuerza (necesidad en abstracto) y por otro lado a la intensidad de dicha fuerza aplicada al caso concreto (necesidad en concreto). En mi opinión, los puntos en común entre necesidad en abstracto y proporcionalidad, aunque puedan parecer menos evidentes también existen. ¿No es también proporcional no utilizar la violencia en un caso donde que debido a su carácter leve no lo requiere?

⁵¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 139.

quedado resuelto que la fuerza es necesaria para cumplir la misión, y ésta se aplicará con la intensidad y el grado (proporcionalidad) necesarios según la resistencia ofrecida por el sospechoso. Esta conexión entre el principio de proporcionalidad y la necesidad en concreto es la línea que proponen algunos autores como MÉNDEZ ÁLVAREZ, al señalar que supone un pilar de la causa de justificación, junto a la necesidad en abstracto, “*la necesidad en concreto o proporcionalidad en la violencia ejercida*”⁵¹⁸, y que también mantienen otros autores.⁵¹⁹

Como hemos visto, el principio de proporcionalidad viene expresamente establecido en la Ley Orgánica 2/86, de FCS como criterio básico de actuación de los agentes policiales que debe regir en todas sus actuaciones; sin

⁵¹⁸ MÉNDEZ ALVAREZ, C., “Artículo 20.7º”, en ARROYO ZAPATERO, L / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Directores) / NIETO MARTÍN, A. / PÉREZ CEPEDA, A.I. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 124.

⁵¹⁹ LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.* (Página 95); SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I... Opus cit.*, p. 433. Se refieren estos autores al hablar del principio de necesidad a que ésta debe ser “racionalmente imprescindible para cumplir la misión”, asociando la cantidad de fuerza al objetivo perseguido de lo que podría deducirse también esta íntima ligazón entre ambos principios. MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 363, también se refieren a la proporcionalidad de la violencia con una clara conexión con la necesidad en concreto al decir que ésta debe ser “*sin excesos, aunque reglamentariamente se autorice.*”; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica... Opus cit.*, p. 113. Este autor dice, refiriéndose al principio de proporcionalidad que habrá que tener en cuenta “*las circunstancias del caso concreto la medida misma de aquél, pudiendo aplicarse la eximente completa o incompleta en función de la adecuación o no del medio violento empleado supuesta la necesidad de la violencia de abstracto*”, con una clara identidad de significado entre proporcionalidad y necesidad en concreto; SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias... Opus cit.*, p. 106. Este autor equipara ambos principios argumentando que “*procede la estimación de la eximente incompleta si hubo extralimitación en el uso del medio empleado y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la Autoridad en relación con las precauciones que el caso requería, con discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta.*”; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, p. 228, también considera que se produce esta conexión al decir que para apreciar la eximente deben concurrir “*la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta.*”

embargo, no disponemos de ninguna definición legal que nos indique cuál es el sentido que se le otorga. No obstante, podemos obtener algunas pistas sobre su significado en otros lugares, y así, el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que *“cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho).”*

Tal y como está redactado este precepto, y por tanto así debemos entender el principio de proporcionalidad, éste se proyecta en diferentes direcciones, coincidentes con las que venimos defendiendo. Así, para limitar el derecho fundamental de un ciudadano debe valorarse en primer lugar que sea necesario para cumplir el deber asignado (juicio de idoneidad), en la forma menos lesiva (juicio de necesidad), y teniendo en cuenta que el mal producido no va a ser mayor que el que se trata de evitar (juicio de proporcionalidad), referido este último de forma clara a la ponderación de intereses, o proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, la Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, en su instrucción séptima, referida al uso de la fuerza en la detención, y tomando como base los criterios previstos en el artículo 5.2 c) de la LOFCS de 1986, ofrece una definición de lo que se debe entender por proporcionalidad, con la siguiente redacción: *“La proporcionalidad supone que, una vez decidido el empleo de la fuerza y el medio idóneo, el agente deberá adecuar la intensidad de su empleo, de forma que no sobrepase la estrictamente necesaria para conseguir el control de la persona, quedando absolutamente proscrito todo exceso. Para ello, el*

agente deberá tener en cuenta los siguientes criterios: -Tendrá la obligación de causar la menor lesividad posible. La selección de las partes no vitales, la graduación en la contundencia y el modo de ejecución de los actos violentos deben estar dirigidos a neutralizar a la persona objeto de la detención. – Proporcionará una respuesta gradual y apropiada a cada situación. La graduación de la mayor o menor fuerza empleada por el agente se corresponderá a la agresividad de la respuesta del detenido, debiendo volver a ser descendente en la medida en que la situación se vuelva propicia para facilitar la detención deseada.”⁵²⁰

Se puede advertir que el contenido con el que se dota a la proporcionalidad en esta norma reglamentaria está íntimamente ligado al concepto de necesidad en concreto y no a la ponderación de intereses con el que lo hace la mayoría de la doctrina, tal y como hemos visto, ya que no existe ninguna referencia clara a esa idea de valoración de las consecuencias que el ejercicio de la fuerza puede provocar en comparación con el objetivo que se persigue, sino que todas las referencias van dirigidas hacia el grado de fuerza que se aplica por parte del agente en función de la situación concreta y el comportamiento del sujeto. Con todo, ambos extremos no dejan de estar íntimamente ligados, ya que cuando se valora si es necesario un determinado grado en el uso de la fuerza, ¿no se está ponderando intereses en cierto modo? En este caso, influirá también la entidad del delito previamente haya cometido el sujeto puesto que si es de escasa entidad parece no ser proporcional el uso de ninguna fuerza por parte del agente.

La conexión entre la necesidad en abstracto y la proporcionalidad, aunque existe, es menos evidente. Ya hemos comprobado que la necesidad en abstracto supone un juicio previo por parte del agente policial para resolver si es imprescindible utilizar algún tipo de fuerza porque sin ella no es posible cumplir con la obligación que en ese momento se le plantea. Al igual que en la proporcionalidad se produce un juicio previo, pero con finalidades diferentes. La valoración que realiza el agente bajo el principio de proporcionalidad en sentido

⁵²⁰ Sobre el valor jurídico que poseen las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad véase el Capítulo III, epígrafe 1.3.

estricto, según la doctrina mayoritaria, busca determinar si las consecuencias lesivas para el ciudadano de utilizar la fuerza, que en un momento anterior ya ha sido valorada como necesaria, guarda equilibrio con el hecho que la motiva.

Pensemos, por ejemplo, que una persona comete un delito leve o una infracción de tráfico que no revista especial gravedad, y ante los requerimientos de los agentes de que muestre la documentación y se identifique aquella no obedece adoptando una actitud hostil hacia la labor policial. Ante esta situación se hace evidente que se habrá de utilizar la fuerza para identificar a esta persona (necesidad en abstracto), pero no parece necesario en este caso concreto que pueda utilizarse el arma de fuego o incluso la defensa por las consecuencias tan graves que pueden tener para el ciudadano (proporcionalidad en sentido estricto). Utilizar el arma de fuego en este caso, incluso en partes no vitales del sujeto o golpear con la defensa a esta persona sería desproporcionado. Puede apreciarse, que en este caso el agente ha valorado previamente si resulta adecuada la utilización de la violencia atendiendo al tipo de infracción cometida por el sujeto, por lo que podemos concluir que también en la base de la necesidad en abstracto hay una ponderación de intereses. Así se ha pronunciado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, tal y como analizaremos con detenimiento en epígrafes posteriores.

Sirva como ejemplo el supuesto contemplado en la STS 1200/1994, de 21 de septiembre, donde expresamente se definen los conceptos de necesidad y proporcionalidad, en los siguiente términos:

*“(e)l cumplimiento del deber derivado del ejercicio de ciertas funciones públicas, en especial las de prevención, puede imponer la obligación de utilizar el poder coactivo que el Estado delega en los agentes de la autoridad, utilizando, incluso el recurso a la fuerza cuando no existen otros mecanismos para cumplir el acto que la función impone. Recurso que no puede ser arbitrario o de libre decisión del agente, sino que se ha de producir bajo ciertas circunstancias que, junto al hecho básico de estar cumpliendo con un deber funcional, legitimen aquel uso, circunstancias que la doctrina de esta Sala encierra en las notas de **necesidad y proporcionalidad** . La **necesidad** puede venir impuesta por la creación de un riesgo para el agente proveniente de la conducta de la persona contra la que se emplea la fuerza (Sentencia de 22 junio 1989) o de la resistencia de tal persona que obligue al agente a elegir*

entre una pasividad, que sería connivencia con la actitud ilícita del sujeto contra quien se actúe o incumplimiento del deber de impedir su impunidad, o el ejercitar una fuerza razonable para conseguir el fin que el deber le impone. Esa necesidad se da desde luego en los casos de agresiones a los agentes de la autoridad, de los que éstos hayan de defenderse, defensa que queda absorbida en sus efectos legitimadores por la propia y más amplia exclusión de la antijuridicidad que el cumplimiento del deber representa. Fuerza razonable que ha de medirse en función de la **proporcionalidad** entre la clase y efectos del medio violento utilizado y la naturaleza del daño para el orden público o para la justicia, que al agente el deber impone evitar o poner fin. En otras palabras, la discrepancia excesiva entre la necesidad racionalmente considerada del empleo de la fuerza para controlar el caso específico (« **necesidad en abstracto** ») y el real uso de la fuerza en el caso concreto que resulte innecesaria o rebase los términos de aquella necesidad racional (« **utilización concreta** »), es lo que hace bien desaparecer la eximente, bien reducirla a una eximente incompleta [por todas, Sentencias de 4 marzo 1993 y 24 enero 1994 (RJ 1994\269) y las restantes en ellas citadas]⁵²¹ (La negrita es añadida).

En este sentido se han pronunciado también CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG, al señalar que *“si la infracción que habría de evitar por la fuerza no es grave, la exigencia de proporcionalidad impedirá todo recurso a la violencia. Y aun siendo grave el hecho motivador de la fuerza, ésta deberá siempre mantener una cierta proporcionalidad con aquél.”*⁵²²

Esta separación entre el principio de necesidad y su doble criterio con respecto al principio de proporcionalidad queda clara en algunos autores que opinan que *“la valoración de los anteriores requisitos corresponde efectuarla a los jueces, y requiere fundamentalmente un juicio de proporcionalidad, donde, además de enjuiciar la necesidad abstracta y concreta del uso de la violencia, deberá efectuarse una ponderación racional de los intereses en conflicto, la especial preparación de los policías, la concreta utilización de armas, si se trata de supuestos graves o leves, etc.”*⁵²³ Puede apreciarse aquí que el principio de proporcionalidad alcanza a todos los ámbitos a los que venimos refiriéndonos, es decir, tanto a la necesidad en abstracto y concreto del uso de la fuerza, como a la ponderación de intereses.

⁵²¹ En el mismo sentido definen los criterios de necesidad proporcionalidad entre otras las SSTS 866/1995, de 5 de julio y de 5 de marzo de 1993.

⁵²² CORCOY BIDASOLO, M / MIR PUIG, S (Directores) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 92.

⁵²³ ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395.

No obstante, otros autores proponen otras vinculaciones, como ha señalado MARÍN DE ESPINOSA, que sitúa *“el criterio de la proporcionalidad de los intereses en conflicto”*, es decir el juicio de ponderación, como uno de los aspectos que dota de contenido a la *“necesidad concreta del uso de la fuerza.”* Así, más que una equivalencia de conceptos, lo que esta autora defiende es que la necesidad en concreto de la violencia está integrada por la ponderación de intereses junto a la *“fuerza exigible para controlar la situación”*, añadiendo que la violencia sea *“la menor posible”* utilizando el *“medio menos peligroso”*.

524

Pero volviendo al criterio de mayor arraigo entre la doctrina, referido a la ponderación de intereses en juego, OLMEDO CARDENETE ha señalado que *“la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicos por el policía no debe ser mayor que el mal que se pretende evitar con la intervención administrativa”*, aunque al mismo tiempo, sin perder de vista que *“si en el sistema penal solo se tuvieran en cuenta el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por los representantes de la Ley y el interés menoscabado del sospechoso o, en su caso, delincuente declarado culpable por sentencia firme, no se podría ni siquiera imponer no ya una medida cautelar, sino incluso una pena privativa de libertad a quien, por ejemplo, ha llevado a cabo un hurto o un robo con fuerza en las cosas.”*⁵²⁵

⁵²⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)*...*Opus cit.*, p. 325; ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho+ADE)*. Editorial Comares. Granada, 2012, p. 124. Esta autora al definir la necesidad en concreto dice que *“se refiere a la proporcionalidad del medio empleado en función de la trascendencia de la situación que se trata de contrarrestar o de los medios utilizados por los agresores.”* Parece que al referirse a la *“situación que se trata de contrarrestar”* está refiriéndose a los intereses que están en juego propios del juicio de ponderación, ya que posteriormente lo diferencia de *“los medios utilizados por los agresores”*, con una clara alusión a la necesidad en concreto.

⁵²⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, pp. 159-160; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...* *Opus cit.*, p. 192 y en su artículo *El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes...* *Opus cit.*, p. 1026; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...* *Opus cit.*, p. 526.

También en este sentido amplio se ha pronunciado PORTILLA CONTRERAS al señalar que *“salvo que exista gran diferencia entre los bienes materiales en juego (propiedad y vida por ejemplo), la proporcionalidad se habrá observado, aunque el bien salvado sea de menor entidad que el lesionado, aunque éste, a su vez, lesionaba injustificadamente al primero”*.⁵²⁶

SÁNCHEZ GARCÍA asimismo defiende esta postura al señalar que *“el examen de proporcionalidad exige comparar las ventajas y desventajas de la intervención violenta para los particulares y la generalidad, de forma que las segundas no superen las primeras. La ponderación de bienes en conflicto que este principio reclama ha de tener carácter global, atendiendo no solo a la comparación abstracta de los bienes implicados sino también a la intensidad de la lesión o puesta en peligro, así como a todas las circunstancias del caso concreto.”*⁵²⁷ Este carácter global al que antes se ha aludido, también ha sido apuntado por la misma autora, al señalar que la doctrina ha pasado del *“principio de ponderación de bienes jurídicos (Güterabwägungsgrundsatz)”* al de *“ponderación de intereses (Interessenabwägungsgrundsatz)”*, lo que *“permite realizar una valoración más amplia de toda la concreta situación de conflicto, no limitada a la comparación abstracta de bienes. Destaca la doctrina en este sentido cómo la ponderación de intereses en conflicto ha de tener carácter global”*. Así, la ponderación no se limita solo a una comparación abstracta sino que tiene en cuenta todas las circunstancias concurrentes y todos los bienes jurídicos afectados por dicha situación y no solo los bienes jurídicos afectados por la situación concreta de forma directa e inmediata. Esta ponderación *“global”* de intereses que se ha mencionado, *“requiere que, además de la comparación abstracta entre los bienes según los criterios destacados, se*

⁵²⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, pp. 160 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. /JIMÉNEZ QUINTANA, E. *El Policía y la Ley...Opus cit.*, p. 116 y en *Manual de Policía Judicial... Opus cit.*, pp. 52 y ss, se pronuncia en el mismo sentido expuesto.

⁵²⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 174; También comparte esta idea TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La antijuridicidad (III). La justificación”, en *FUOC. PID 179727*, p. 31, cuando dice que *“debemos tener en cuenta con respecto a lo visto que la necesidad de la violencia concreta va íntimamente unida a la idea de proporcionalidad (uno de los principios de la LOFCS), pues el uso de la violencia ha de ser proporcional a la gravedad y peligrosidad del comportamiento previo del sujeto sobre el que se ejerce o, dicho de otro modo, a la gravedad del hecho motivador de la fuerza.”*

*considere la intensidad de la lesión o puesta en peligro de los bienes afectados.*⁵²⁸ Hay que tener en cuenta que “no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les puede ocasionar, sino de una operación de mayor amplitud en la que del lado del cumplimiento del deber se encuentra la vigencia del Derecho frente a su vulneración.”⁵²⁹

Como ya vimos,⁵³⁰ el principio del interés preponderante se sitúa como el fundamento de toda causa de justificación, y por tanto también de la eximente que ahora estudiamos, lo que supone que el agente de policía valore antes de su intervención, y con criterios objetivos conforme lo haría el hombre medio, si la infracción al ordenamiento jurídico cometida por el sujeto merece el ejercicio de la fuerza que ya se ha estimado como necesaria en abstracto.

El hecho de que el principio del interés preponderante exija comparar la intensidad de la lesión o puesta en peligro de los bienes afectados, hace que surja otra cuestión no menos importante cual es la de la colisión de deberes, es decir, la de valorar cuál es el grado de los intereses en conflicto y cuál de ellos es preferente. Obviamente, si el interés que se pretende sacrificar es de menor valor que el que se quiere proteger no habrá ningún problema, aunque algunos autores como SÁNCHEZ GARCÍA también han apuntado que “*puede prevalecer un bien jurídico frente a otro de rango superior cuando la lesión o puesta en peligro del primero es superior a la del segundo.*” Y ello puede deducirse de la propia norma, teniendo en cuenta “*la conminación de pena que señalan los tipos penales en conexión con los bienes jurídico-penalmente protegidos*”, si bien, como apunta dicha autora, esta valoración debe ser cautelosa y tener en cuenta “*no sólo el valor del bien jurídico, sino también*

⁵²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, M.I., “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”... *Opus cit.*, p. 1118.

⁵²⁹ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Art. 20.7º. (Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo)”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal. Tomo I*. Editorial Bosch. Barcelona, 2007, p. 238.

⁵³⁰ Véase Capítulo II, epígrafe 2.3.

otros criterios –como la modalidad de ataque, el grado de injusto y de culpabilidad, exigencias político-criminales, etc”⁵³¹

Los problemas pueden plantearse cuando el interés lesionado es igual o superior al que se pretende hacer valer. Así, un ejemplo sobre la ponderación de intereses en juego de forma global tratado por la jurisprudencia podría ser el recogido por la STS 367/2001, de 22 de marzo (caso CESID), donde se intentó hacer preferente la “seguridad nacional” frente al derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18 CE. En este caso, agentes de dicho organismo estaban encargados de efectuar escuchas telefónicas de conversaciones a través de teléfonos móviles a diversas personas alegando que la referida “seguridad nacional” era un derecho preferente y que los agentes cumplían un deber al efectuarlas. El Alto Tribunal las calificó de ilegales, y con respecto a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, con los siguientes argumentos:

“Por un lado se intenta justificar la conducta por el deber imperioso de salvaguardar el bien jurídico de la seguridad nacional, al que se coloca por encima del bloque normativo que consagra constitucionalmente como un catálogo de derechos y libertades y entre ellas, con carácter especialmente relevante, el derecho a la intimidad y secreto de las conversaciones telefónicas. Como se dice acertadamente en la sentencia recurrida, no podemos erigir la defensa de la seguridad nacional en una pre o extrajurídica razón de Estado que –en virtud de una regla no escrita y de oscura fuente–, estaría destinada a prevalecer sobre las razones normativas consagradas del Estado constitucional de derecho. No se puede mantener esta subversión de valores que pretende colocar por encima del núcleo duro de la Constitución, una imprecisa y difusa seguridad nacional que, en principio no corría un inminente e inevitable peligro. Como ya hemos dicho, el respeto a los derechos fundamentales es precisamente el fundamento y base constitucional de la consolidación de la paz social y del orden político. Estos objetivos corren un serio riesgo, cuando se pone en peligro o se consume la invasión de un derecho fundamental como la intimidad, que garantiza el libre desenvolvimiento de las comunicaciones privadas entre los ciudadanos. Si degradamos estos valores y convertimos la intimidad en producto asequible, sin costos ni respuesta jurídica, a las actividades oficiales de los servicios encargados de la seguridad del Estado, estamos colocándonos fuera del marco constitucional que exige, para tener acceso a la intimidad de una persona, la correspondiente autorización judicial o proceder en la forma prevista en el artículo 55.2 de la Constitución, cuando se trata de investigar la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. No cabe obediencia debida ante una orden manifiestamente contraria a la Constitución y no se ejercita un derecho o se cumple con un deber, en los

⁵³¹ SÁNCHEZ GARCÍA, M.I., “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”... *Opus cit.*, p. 1118.

casos en que la actuación que se trata de justificar, entra en colisión con bienes jurídicos ajenos de especial preponderancia, como el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”.

Entiendo que en este caso no puede hablarse de un cumplimiento legítimo del deber, debido a que, como hemos apuntado en epígrafes anteriores,⁵³² y adaptando dichos argumentos a este supuesto, bajo la bandera de la “*seguridad nacional*” no pueden ampararse conductas ilícitas de los miembros de las FCS.

A lo ya dicho, habría que añadir que, además de la valoración que el agente debe realizar con los criterios objetivos correspondientes al hombre medio, la propia Ley ya contiene aspectos valorativos a la hora de determinar qué derechos o qué situaciones tienen preferencia sobre otros, como en el caso que acabamos de ver.

En este mismo sentido, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, definen el cumplimiento de un deber en relación a la ponderación de intereses como “*la consecuencia de una valoración objetiva efectuada por la norma y es, de ese modo, el reflejo de un interés tan alto que prevalece sobre el protegido en el tipo, hasta el punto de que la lesión de este último se configura, en caso de conflicto, como obligatoria.*”⁵³³ Esta afirmación es perfectamente asumible en supuestos como la detención de un individuo que ha cometido un delito efectuada por el agente policial en virtud de la previsión legal establecida en el artículo 492 LeCrim que, aunque *a priori* pueda suponer una conducta típica como es la detención ilegal por funcionario público prevista en el artículo 167 CP, se erige como una conducta obligada por el ordenamiento jurídico que la ha considerado preferente para la protección de los derechos y libertades del resto de ciudadanos, así como garantizar la seguridad ciudadana y la paz y tranquilidad públicas.

⁵³² Capítulo II, epígrafe 1.3.

⁵³³ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 478-479.

La STS de 23 de febrero de 1988 alude a esta cuestión al señalar que para aplicar la eximente se requiere:

“gravedad intrínseca del hecho, de tal forma que si la transgresión no era especialmente trascendente, no se podrá calificar la actuación de la Autoridad o sus agentes como ajustada a derecho, si bien no habiendo la debida proporción entre el mal producido o asegurado y el medio empleado para prevenirlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta”.

CERVELLÓ DONDERIS ha señalado que *“en virtud de la preponderancia de intereses la conducta típica realizada por el agente de policía resultará justificada siempre que tenga la obligación legal de actuar empleando violencia, es decir, que sea imprescindible el uso de la violencia, lo que implica un examen conforme a deber sobre la necesidad racional de la violencia y sobre las consecuencias que puede tener su empleo teniendo en cuenta el orden de valores del Ordenamiento Jurídico, de esta manera sólo si su empleo produce un daño menor que su no empleo podrá justificarse su uso, partiendo de la base de que el uso de la violencia siempre es rechazable y sólo se justifica para evitar males de mayor gravedad y por tanto proteger bienes de mayor valor.”*⁵³⁴ Esta afirmación sintetiza, en el mismo sentido que venimos defendiendo, diversos aspectos tratados en este trabajo. Por un lado, esta autora alude al principio de habilitación legal como punto de partida, que señala como requisito decisivo para una posible utilización legítima de la fuerza, y que deberá valorarse ex ante, como necesaria (abstracta) y luego graduar en función de la situación (concreta), teniendo siempre en cuenta que el daño que se prevé causar vaya en consonancia con la entidad de la infracción cometida.

En el mismo sentido pueden citarse ejemplos de supuestos tratados por la jurisprudencia, en los que la proporcionalidad queda vinculada a la necesidad en concreto, y otros donde lo que se exige es la ponderación de intereses como hemos visto. En relación a los primeros casos, donde se analiza la proporcionalidad de la conducta como cantidad de fuerza utilizada y por tanto referida a la necesidad concreta de la violencia utilizada, la

⁵³⁴ CERVELLO DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, p. 29.

jurisprudencia del Tribunal Supremo suele articular esta vinculación en los términos expuestos en la STS 421/1996, de 13 de mayo:

*“Es la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado y origina que la eximente opere como incompleta”.*⁵³⁵

La STS 1360/1992, de 15 de junio, ofrece un concepto de proporcionalidad al referirse a:

“que exista proporcionalidad de los medios empleados para cumplir ese deber con la entidad del resultado lesivo ocasionado para proteger el bien jurídico”.

Asimismo, la STS 159/2011, referida a un supuesto donde unos agentes de los Mossos d’Esquadra golpean a un individuo que se encontraba ya detenido en comisaría y que se mostraba muy agresivo, vincula la proporcionalidad a la necesidad en abstracto al señalar que:

*“Lo que en verdad quiere sostener la Defensa, aunque de manera poco clara, es una cuestión de derecho, que debió ser articulada por la vía del art. 849.1º LECr . Así se desprende de sus manifestaciones referentes a que "cuando se produce un acto legítimo de fuerza por parte de los agentes puede suceder y sucede que como consecuencia de la reducción del sujeto, que éste presente lesiones, imposibles de evitar y provocadas por esta legítima actuación de los agentes" y que "esto es lo que ocurre en el presente caso". Dicho con otras palabras: la Defensa sostiene que la acción de los acusados recurrentes ha sido legítima, es decir: está amparada por una causa de justificación. De esa **manera la cuestión se plantea** en el nivel de la justificación o de la exclusión de la antijuricidad y más precisamente, **en el de la necesidad de la actuación policial**, pues los recurrentes no cuestionan la autoría de las lesiones que dieron lugar a la condena por la falta del art. 617 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino su antijuricidad. Pero, la necesidad y la proporcionalidad que establece el art. 5.2. c) de la LO 2/1986 (RCL 1986, 788) , como presupuesto de la conformidad a derecho de la actuación de las fuerzas de seguridad, no se prueba sólo mediante los dictámenes médicos, ni resulta acreditada sólo por el hecho de que el detenido tuvo una actuación agresiva, puesto que se trata de si las lesiones producidas eran o no necesarias para cumplir con el deber policial. Es decir, se trata de un elemento esencial de las causas de justificación que amparan la acción policial, que debe ser valorado sobre la base a lo establecido en los hechos probados y a su ponderación desde una perspectiva jurídica. Si se toman en consideración los pasajes de los hechos probados citados por los recurrentes se comprueba que la reducción del*

⁵³⁵ En el mismo sentido las SSTS de 5 de marzo de 1993; 20 de septiembre de 1985; 5 de julio de 1985; 24 de febrero de 1983, entre otras muchas.

detenido fue consecuencia de que éste "tocó al Mosso nº NUM003 " y que ante esto "los acusados [que eran tres] saltaron sobre el detenido y durante escasos segundos realizaron técnicas de reducción que comportaron algunos golpes propinados con los pies y que cesaron de inmediato una vez que estuvo reducido". La práctica de la reducción le produjo al detenido, según los hechos probados: "contusión en el arco cigomático izquierdo, contusión a nivel nasal, hematoma orbicular del ojo izquierdo y dolor nasal, en el brazo izquierdo y tórax, que tardaron en curar 14 días, de los que 5 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales". Asimismo, surge de los hechos probados, que la conducta del detenido que los policías consideraron como un delito de atentado, fue luego declarada sólo constitutiva de una falta por el auto del Juzgado de Instrucción Nº 8 de Barcelona, de 1.4.2007 . Es decir: **la conducta del detenido carecía de la entidad que los recurrentes le asignaron**. La comparación de las lesiones sufridas por el detenido con las que sufrieron los Mossos d'Esquadra **pone de manifiesto una notoria desproporción**, que los informes médicos no niegan, sino reflejan claramente. En la minuta policial, redactada el 31.3. de 2007 a las 11'54, los Mossos d'Esquadra hicieron constar que "el Mosso NUM003 sufrió contusiones en la rodilla izquierda y en el rostro" que le habrían sido propinadas por el recurrente. Pero, esas lesiones no aparecen constatadas en los partes médicos. La Defensa sostiene que las lesiones sufridas por los Mossos, descritas en los partes médicos obrantes a los folios 49, 51 y 59 (en realidad fº 54, que corresponde al detenido) demostrarían la importancia de la agresión sufrida por los recurrentes. Sin embargo, esos partes médicos sólo hacen constar las manifestaciones de los propios Mossos al médico, realizadas un día después del hecho. Ninguno de esos partes está relacionado con el Mosso NUM003 . En tales manifestaciones los Mossos NUM001 y NUM000 dijeron haber sufrido policontusiones por agresión. Evidentemente se trataba de contusiones de poca intensidad, pues en los informes no consta que hayan dejado rastros físicos de violencia en el cuerpo de los Mossos d'Esquadra afectados. Asimismo, sólo el primero de los Mossos dice tener dolor en la espalda a nivel del trapecio, pero no tienen dolor en el tórax. El segundo sólo refirió contusión torácica sin dolor. Ninguno mencionó ante el médico haber recibido una patada en la rodilla ni una bofetada. Por otra parte, las lesiones, cuya producción los Mossos atribuyen al detenido, pueden haber sido consecuencia de que aquellos saltaron sobre éste para reducirlo cuando éste tocó a uno de ellos. **De todo ello resulta que la acción de tocar a un Mosso d'Esquadra -al parecer casual y no intencional según se desprende de lo expuesto en el Fº Jº primero (p.14 de la sentencia recurrida) por la Audiencia al describir lo observado en el video del que dispuso- no puede ser considerado como una agresión suficiente para justificar la reducción violenta del detenido**. Desde el punto de vista del art. 5.2.e) LO 2/1986, **la reacción es desproporcionada**. Por otra parte, en tanto la conducta del detenido ni siquiera tenía la entidad de una agresión ilegítima en el sentido del art. 20.4.1º CP, no cabe tampoco la posibilidad de considerar un exceso en la legítima defensa que pudiera dar lugar a la aplicación del art. 21. 1ª CP". (La negrita es añadida).

En este caso la resolución considera que no había necesidad en abstracto de utilizar la violencia consistente en reducir al detenido por tres personas y reducirlo con técnicas que implicaban dar patadas al mismo.

Es interesante la STS 866/1995, de 5 de julio en la que, en el marco de esos casos vinculados al uso concreto de la fuerza, se analiza el principio de proporcionalidad estableciendo que:

*“En torno a la exigente del artículo 8.11.^a del Código Penal, cuya aplicación impugna el primero de los motivos del recurso, la jurisprudencia establece, como sólido cuerpo de doctrina, que su invocación pertenece a la Autoridad o sus Agentes siempre que se hallen en el ejercicio de la función pública encomendada, es decir cumpliendo los deberes impuestos por el cargo; el uso de la fuerza o violencia, que el poder coactivo del Estado pone a su alcance, **ha de obedecer a una razonable necesidad y servir a los fines de la función pública; y tiene, finalmente, como limitación implícita, la menor lesividad posible, con dominio, en el caso concreto, del principio de proporcionalidad o de adecuación del medio violento empleado.** La Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo (RCL 1986\788) de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los apartados 2.c) y 2.d) del artículo 5, alude a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de las armas en situación de riesgo racionalmente grave para la vida o integridad física del sujeto o la de terceras personas. El recurso pone su acento en el requisito de la proporcionalidad de los medios, pero cuando procede a dotar de base argumentativa a su alegación se ve forzado a poner en entredicho que la víctima apuntara con el arma de fuego al Policía municipal, aunque advierte el agravio que resultaría para la intangibilidad del relato judicial. La acción homicida ha de ponerse en relación con el episodio final del suceso, no con los hechos originarios, y dicha secuencia terminal refiere el momento en que la víctima, apresada por el acusado en el primer tramo de la escalera de la vivienda, porta una navaja abierta sin advertencia de su aprehensor, y al tratar de desarmarle caen el policía I. y el detenido al suelo en mutuo forcejeo, logrando desasirse este último al intentar ponerle los grilletes, circunstancia que aprovechó para desplazar de una patada al acusado V., entrando nuevamente en lucha con I. y, al caer al suelo su revólver por efecto de un brusco movimiento, consigue apoderarse del arma, dirigiéndola hacia el tórax de su oponente que, agarrándose al cañón, trató de desviarla desesperadamente; en este trance, el policía V. sacó su revólver reglamentario y, después de conminar repetidamente al agresor para que soltara el arma que empuñaba, presintiendo por la actitud de Juan-Alberto que podría accionar el gatillo en cualquier momento, se anticipó a su acción y desde corta distancia hizo un disparo hacia su cuerpo con impacto en el tercio superior del antebrazo izquierdo, pero el proyectil siguió después una trayectoria insólita, atravesando tráquea y paquetes vasculares adyacentes, produciéndole la muerte. El suceso ocurría de noche, en un lugar de mala iluminación, con intermitencias provocadas por el temporizador de la escalera, con la tensión ambiental de familiares y vecinos en actitudes hostiles y airadas hacia los policías, y frente a un sujeto, demudado y de faz desencajada por los avatares del suceso, portador, en un primer momento, de un arma blanca en disposición de uso, que logró apoderarse del revólver del agente policial dirigiéndole hacia su tórax sin prestar oídos a las repetidas admoniciones del acusado para que soltara el arma. **Es llano que la situación descrita era de riesgo gravísimo para un tercero, compañero en la acción policial, y el disparo del revólver por el acusado fue una medida adecuada, en una consideración subjetiva y objetiva de los acontecimientos. La necesidad del uso de la violencia, en sentido abstracto, no la pone siquiera en duda el recurrente, y la proporcionalidad***

del medio resulta, sin gran esfuerzo deductivo, de la simple descripción de los hechos, ya que la situación de riesgo creada no parecía tener, en las circunstancias descritas, una solución menos lesiva. Debe ratificarse, por ende, la aplicación de la causa justificante prevista en el artículo 8.11.º del Código que ha hecho correctamente la sentencia recurrida, porque sus rigurosos condicionamientos se han dado en este caso, lo que conduce a la desestimación del motivo interpuesto". (La negrita es añadida).

Con respecto al segundo grupo de supuestos, en los que el principio de proporcionalidad se define como ponderación de intereses, se puede citar la STS 1157/2014, de 18 de junio, referida a un supuesto donde un agente de la Policía Local se dirige a un individuo que se encontraba en un bar con un amigo, por el exceso de ruido que éstos venían haciendo, negándose a identificarse y adoptando una actitud chulesca hacia el agente. Ello provoca una discusión y posterior forcejeo entre uno de los sujetos y el policía local, finalizando con la detención del primero al que ocasiona lesiones de consideración para el ciudadano. La Audiencia Provincial de Lugo condenó al agente de la Policía Local como autor de una falta de imprudencia con resultado de lesiones, que fue confirmada por el Tribunal Supremo, alegando que:

“En los hechos probados se indica que el recurrente acudió al bar donde se encontraba Bernardo , con el objeto de evitar el ruido excesivo que éste y su compañero estaban causando, si bien, éste último se negó a identificarse, pese a tener la documentación y mantuvo una "conducta chulesca" hacia los agentes. El recurrente, agente de la policía local y Bernardo, se enzarzaron en una discusión en el transcurso de la cual el agente empujó a Bernardo contra una máquina tragaperras, y lo tiró al suelo procediendo a su detención. El agente resultó lesionado con traumatismo en la región escapular y torcedura de un dedo, y Bernardo resultó lesionado con fisura de la cabeza del quinto metacarpiano de la mano derecha precisando de férula de yeso. La actuación del recurrente fue calificada por el Tribunal de instancia como constitutiva de una falta de lesiones imprudentes. Conforme a la jurisprudencia antes señalada, no cabe apreciar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7 del Código Penal, porque la violencia ejercida por el agente contra Bernardo fue desproporcionada. La desproporción se observa en el sentido expresado en los hechos probados, en donde se dice que el recurrente se enzarzó en una discusión, y "empujó" a Bernardo, para luego tirarlo al suelo. Es decir, dicha actividad no es compatible con la sujeción o retención que debe mediar en una actuación policial. La situación que originó la intervención policial fue el control del ruido en un establecimiento, la actitud de Bernardo parece que no fue colaboradora, pese a ello, la actuación policial con el resultado lesivo de rotura ósea, resultó excesiva y por ello imprudente, de modo que no cabe aplicar la eximente pretendida.”

Puede apreciarse que en esta resolución se hace una ponderación entre los intereses en juego, al referirse a *“que se aprecie proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención del sujeto en cumplimiento de sus obligaciones”*. Por un lado hace mención a la situación que origina la intervención, que es simplemente un *“control del ruido”*, y la compara con el resultado de dicha actuación que se cifra en *“rotura ósea”*, calificándola de excesiva y no aplicando, por tanto, la eximente ni como completa ni como incompleta.

De un modo similar se pronuncia la STS 46/2014, de 11 de febrero, referida al supuesto de un inspector del Cuerpo Nacional de Policía que conducía su motocicleta de paisano, mantuvo un incidente con varios vehículos cuando se iba a incorporar a la vía. Una vez que había reanudado su marcha es recriminada por uno de los conductores con los que había tenido dicha desavenencia momentos antes por lo que ambos pararon. En ese momento se identifica como policía nacional aunque sin mostrar su documentación, manteniendo una discusión con el particular, que finalmente decide marcharse y se sube a su vehículo. A continuación, el policía saca su pistola, rompe el cristal de la ventanilla del vehículo y lo coge violentamente de la corbata, obligándole a permanecer allí hasta que llegaron varios componentes del CNP que por orden del inspector proceden a su detención. La Audiencia Provincial de Sevilla condenó al inspector de policía por un delito de detención ilegal por funcionario así como a una falta de daños. El Tribunal Supremo, por lo que respecta a la condena penal, confirma la resolución, basándose en los siguientes motivos:

*“Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima **bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos** por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, matizándose que **“no es situable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves”**. Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en “abstracto” y la considerada en “concreto”, de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última . Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 que “tanto el cumplimiento de un deber como el*

*ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorizar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad". Y en el caso que nos ocupa, es clara la improcedencia del motivo, toda vez que, de acuerdo con la literalidad del relato fáctico de la recurrida, no se señala cuál fuese la razón, situación o motivo que amparase **la detención del Sr. Arcadio que no puede considerarse como correctamente fundada y llevada a cabo, a la vista de la evidente desproporción que revela ese relato de hechos en el que no se recoge esa anómala forma de conducir del Sr. Arcadio** -por el contrario se considera probado que fue el acusado quien tuvo un incidente de tráfico entre varios vehículos, al tratar de incorporarse por una entrada, desde la rotonda que une las dos poblaciones, a una autoría - ni que estuviera bajo influencia de bebidas alcohólicas que le impidiera una conducción-, **sino una simple discusión entre el policía y el conductor del vehículo acerca de esa supuesta infracción de tráfico**, y en cuanto a la supuesta desobediencia, aquella sentencia recaída en el juicio de faltas, a que constantemente hace referencia el recurrente, no solo no justificaría la necesidad de privar a éste de libertad, art. 492 LECrim (LA LEY 1/1882), sino que tal sentencia, que no era firme ha sido revocada, según documentación aportada al rollo de esta Sala, por sentencia de fecha 21.11.2013, dictada Audiencia Provincial Sevilla, Sección 3ª absolviendo a Arcadio de la falta de desobediencia a agentes de la autoridad, por la que había sido condenado". (La negrita es añadida).*

Muy explícita es también la STS 771/1994, de 7 de abril, referida a la actuación de un policía que dispara contra un delincuente que había hurtado un vehículo, sufriendo heridas graves que le causaron una paraplejía. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al agente por un delito de imprudencia temeraria, resolución que confirma el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

*"Obsérvese que la condena lo fue por delito de imprudencia temeraria, previsto en el artículo 565 del Código Penal y, por consiguiente, si quien actúa en el ejercicio del cargo y en la esfera de sus atribuciones, lo hace con olvido de la más elemental norma de cuidado, no queda cubierto por dicha circunstancia. El hecho que aquí se enjuicia, de **persecución de un presunto delincuente por un delito de hurto de vehículo de motor, cuando huye, es decir, cuando los efectos del delito ya han cesado y, por consiguiente, como siempre, pero todavía más, si cabe, obligaba a actuar dentro de un principio de proporcionalidad entre el delito, sus efectos y la acción policial, que aquí faltó por completo, pues, frente a unas personas que no llevaban armas, por consiguiente, indefensas, en vez de correr tras ellos para detenerles o efectuar disparos inequívocamente disuasorios, al aire o al suelo, el procesado dirigió el arma al cuerpo**, produciendo unas consecuencias tan graves como las que se describen en el relato de hechos probados, es decir, una paraplejía (parálisis y anestesia de ambas extremidades inferiores) y una afectación de esfínteres, que no controla, hasta el punto de que la calificación*

*efectuado por el Tribunal es, sin duda, la menos grave de entre los posibles, problema que obviamente no puede ser objeto de examen en este momento por el principio de prohibición de la llamada «reformatio in peius». La Sentencia de esta Sala de 18 noviembre 1988 (RJ 1988\9180), entre otras muchas, recuerda la legitimidad del uso de la fuerza por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero ello ha de estar referido a criterios de necesidad y proporcionalidad. **Disparar sobre un joven, que sin armas huye, y hacerlo sobre el cuerpo, demuestra, o una grave impericia de quien, por su profesión, ha de dominar el uso del arma de la que la sociedad le dota para defenderla** (no se olvide el artículo 104 de la Constitución Española que establece, como misión de estos Cuerpos, la de proteger el ejercicio de los derechos y libertades de las personas y la seguridad ciudadana, dentro del propio contexto constitucional, en el que el respeto a la persona alcanza una especial dimensión, lo que lleva a que una y otra obligación hayan de recibir el correspondiente equilibrio), dentro de lo que la proporcionalidad y el propio sentido común imponen". (La negrita es añadida).*

En este caso el TS plantea cuáles hubieran sido las opciones más correctas antes de proceder a disparar el arma, que en ningún caso procede ante personas que huyen y menos ante un delito de tan escasa relevancia como el robo de un coche. Alude igualmente a la pericia del agente en el uso de las armas con una clara referencia a que en caso de utilizar el arma hubiera sido deseable dirigir los disparos hacia zonas no vitales. Aquí la ponderación supone confrontar el valor que se quiere proteger con la función policial, que estaría relacionado con el hurto de un vehículo a motor con el que ha conducido de forma temeraria (puesto que esa fue la condena), y por otro las posibles consecuencias del uso del arma que al menos causaría lesiones graves al sujeto. En este supuesto, además, al dirigir los disparos al cuerpo del que huía se causó la muerte.

En el mismo sentido, la SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 373/2015, de 2 de junio se refiere a un supuesto relacionado con la ponderación de intereses:

*“En cuanto se refiere a la exigente del artículo 20.7 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), baste recordar –para declarar la improcedencia de aplicarla al presente supuesto- pronunciamientos como los que se contienen en la STS de 19 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 5909/2013) se afirma -a propósito de la intervención de fuerzas de seguridad- que **"no es necesario utilizar la fuerza para reprimir una actuación simplemente "molesta" de un ciudadano"**. (...) Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de exigente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 que "tanto el cumplimiento*

de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorizar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad". (La negrita es añadida).⁵³⁶

Alude el texto transcrito de la resolución a la falta de necesidad de utilizar la fuerza (necesidad en abstracto), señalando que en casos de escasa importancia no es necesaria la utilización de violencia. Este argumento nos conduce asimismo a la ponderación de intereses por cuanto hemos dicho; si el hecho no reviste gravedad habrá que valorar si la utilización de fuerza es finalmente más perjudicial que el propio hecho cometido.

De todo lo dicho en este epígrafe y a modo de recapitulación se puede decir que el criterio de proporcionalidad en sentido amplio se configura como un elemento importante para la aplicación de la eximente que debe regir en toda la actividad policial y que se muestra especialmente activo fundamentalmente en dos momentos. Por un lado, como criterio regulador del grado de intensidad de fuerza utilizada por los agentes policiales, una vez se ha llegado a la conclusión de que dicha fuerza es inevitable para cumplir el deber impuesto y en segundo lugar en el momento de valorar si el mal que se prevé causar con dicha fuerza guarda una adecuada relación con el interés que se ha lesionado y que origina la actuación policial. En este segundo momento nos referimos a la ponderación de intereses.

No obstante, hay que señalar que este requisito no se considera como elemento principal de la eximente, y por lo tanto en los dos momentos de aplicación del principio de proporcionalidad que acabamos de mencionar, será donde una inadecuada graduación de la fuerza, falta de idoneidad del medio o bien un error en la ponderación de los intereses permitirá plantearse la posibilidad de inaplicación de la eximente o bien de lugar a la aplicación de la

⁵³⁶ Otras resoluciones como la STS 949/2013, de 19 de diciembre; STS de 22 de enero de 2005; STS de 18 de septiembre de 2001; STS de 1 de diciembre de 1999; STS de 19 de junio de 1998; STS de 14 de julio de 1993, entre otras muchas, hacen referencia a la ponderación de intereses como contenido del principio de proporcionalidad.

eximente en su forma incompleta, aspecto que como ya hemos apuntado, será tratado al final del Capítulo de forma extensa.

Para finalizar, y en este punto, es interesante mencionar también el tratamiento que sobre la necesidad y proporcionalidad hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que con base legal en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, utiliza de forma constante estos criterios para resolver los asuntos que llegan a su jurisdicción. Así, a modo de ejemplo, pueden citarse la STEDH de 8 de febrero de 2011 (caso Gülizar Tuncer contra Turquía), referida a un supuesto en el cual se demanda un uso excesivo e injustificado de la fuerza por la policía para disolver una manifestación, en la que la demandante recibió diversos golpes sin que tuviera una actitud agresiva contra los agentes. El TEDH después de revisar que dicho asunto ha sido investigado por el Gobierno del Estado afectado y que éste alega que *“el recurso a la fuerza era absolutamente necesario y que la fuerza utilizada era proporcional al comportamiento de los manifestantes”*, se pronuncia en el siguiente sentido:

“El Tribunal recuerda en primer lugar, que cuando un individuo se encuentra privado de libertad o, más generalmente, se encuentra enfrentado a las fuerzas del orden, la utilización, a su entender, de la fuerza física cuando, por su comportamiento, no es necesaria, atenta contra la dignidad humana y constituye en principio una vulneración del derecho garantizado en el artículo 3”.⁵³⁷

En este caso, podemos apreciar que los argumentos que baraja el TEDH son similares a los que utiliza el Tribunal Supremo tal y como hemos visto, a pesar de que la regulación de los parámetros sobre el uso de la fuerza e incluso de las armas contenidos en el Convenio de Roma que sirve de guía en sus resoluciones son más permisivos en dicha utilización, tal y como se ha visto.⁵³⁸

⁵³⁷ En el mismo sentido, entre otras, las SSTEDH de 1 de julio de 2004 (caso Bakbak contra Turquía) y de 19 de mayo de 2004 (caso R.L. y M-J.D. contra Francia).

⁵³⁸ Capítulo II, epígrafe 2.2.

2.5.- Otros criterios concurrentes con la necesidad y la proporcionalidad.

Los principios de congruencia y oportunidad.

Junto a los criterios estudiados de necesidad y proporcionalidad, algunos autores se apoyan también, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la eximente en análisis, en el principio de congruencia⁵³⁹ o en el de oportunidad⁵⁴⁰, introducidos ambos por el artículo 5.2 apartados c) y d) de la LOFCS. Otros autores aluden asimismo al principio de menor lesividad,⁵⁴¹ de

⁵³⁹ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 299; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en CALDERÓN CERESO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal I. Parte General*. Editorial Bosch. 2ª edición. Barcelona, 2001, p. 218; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 471; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, p. 325; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 111; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Dykinson. Madrid, 2011, p. 467.

⁵⁴⁰ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 299 y en su artículo *La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo...Opus cit.*, p. 280 ; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 291; LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 471; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 425; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 111; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 467.

⁵⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 290-291; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en CALDERÓN CERESO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal I. Parte General...Opus cit.*, p. 217; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)...Opus cit.*, p. 325; ORTS BERENGUER, E / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 395.

idoneidad⁵⁴² o señalan el criterio de racionalidad unido a diversos conceptos,⁵⁴³ todos ellos como hemos podido ver muy relacionados entre sí.

En cuanto al principio de congruencia, no disponemos de una definición legal que nos indique en qué aspectos incide dicho principio. El significado que le otorga el diccionario⁵⁴⁴ es el de “*conveniencia, coherencia, relación lógica*”, y por tanto sugiere un contenido próximo al término idóneo, cuyo significado según el diccionario es “*adecuado y apropiado para algo*”. Lo dicho se traduce en que el principio de congruencia es equiparable al de idoneidad.

En este sentido lo entiende también QUERALT, que al aludir al principio de idoneidad en referencia a los medios de ejecución que la Ley dispone al servicio de la Administración Pública señala que “*habrá que elegir el que para cada situación se demuestre como más indicado*”⁵⁴⁵. Por tanto, se vincula aquí el principio de idoneidad al de congruencia del medio utilizado en la actuación policial.

LUZÓN PEÑA opina que “*la congruencia o adecuación se evalúa en relación con la gravedad cualitativa y cuantitativa del daño que amenaza (el medio es congruente con, adecuado a la gravedad del riesgo de daño) y por tanto coincide con la exigencia de proporcionalidad de los males. En este juicio de proporcionalidad entre los males hay que efectuar la ponderación de intereses, no solo de bienes, en conflicto conforme a los mismos criterios que*

⁵⁴² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...* *Opus cit.*, pp. 135 y ss y 138.

⁵⁴³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 107; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 255.

⁵⁴⁴ Significado extraído de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

⁵⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Coacción directa y justificación”... *Opus cit.*, p. 111. En este mismo sentido ALONSO PÉREZ, F. *Manual del Policía...* *Opus cit.*, p. 51, en *El Policía y la Ley...* *Opus cit.*, pp. 107 y ss. y en *Manual de Policía Judicial...* *Opus cit.*, pp. 50 y ss.

hemos visto en el estado de necesidad."⁵⁴⁶ Podemos apreciar que el principio de congruencia es definido por este autor como la selección del "medio" más apropiado para lograr el objetivo, que será valorado en función de los males que puede causar y de los que se quiere proteger, quedando así definida la proporcionalidad como ponderación de intereses, como hemos visto en el epígrafe anterior, y en estrecha vinculación con aquél.

También PORTILLA CONTRERAS⁵⁴⁷ lo identifica con la idoneidad del medio empleado, apreciando en este sentido dos obstáculos a la hora de aplicar la eximente. En primer lugar, que la falta de regulación de los medios que pueden ser empleados por los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el desempeño de funciones hace que esta decisión corra a cargo de dichos agentes, y por tanto se amplía considerablemente el margen de discrecionalidad propia del funcionario público. El segundo inconveniente hace referencia a la capacitación del agente para el empleo de dichos medios, lo que conduce a la problemática referida a la formación de los agentes policiales. En ambos casos, bien por una inadecuada selección del medio, o bien por un uso indebido del mismo, se puede llegar a la inaplicación de la eximente.

En cuanto al primero de los problemas planteados referido a la falta de regulación de los medios que se pueden emplear, hay que partir de la redacción que nos ofrece el artículo 5.2 c) de la LOFCS que se refiere expresamente a "los medios a su alcance". De aquí, como ya vimos⁵⁴⁸, se puede extraer que cualquier medio es posible, siempre que sea congruente, oportuno y se utilice con proporcionalidad. Caben en este concepto tanto las armas como los objetos que el agente tenga a su alcance.

⁵⁴⁶ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Opus cit., p. 471.

⁵⁴⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., "El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber"...*Opus cit.*, pp. 158-159; Lo consideran también vinculado a la idoneidad del medio, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...* Opus cit., p. 293 ; RECIO JUÁREZ, M., "La eximente del número 11 del artículo 8 del Código Penal de cumplimiento del deber en su aplicación a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos"...*Opus cit.*, p. 4; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica...* Opus cit., p. 114; VEITTES PÉREZ, C., "El uso de armas por agentes de la autoridad"...*Opus cit.*, p. 2.

⁵⁴⁸ Véase Capítulo III, epígrafe 3.

Sobre este asunto se ha pronunciado la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, que dispone en su instrucción séptima, apartado 5, que *“está terminantemente prohibida la utilización, durante la detención o en cualquier otro servicio policial, de armas que no estén incluidas en los equipamientos oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cuya utilización no haya sido autorizada expresamente.”* A tenor de esta redacción, los agentes no podrían utilizar armas particulares, o bien otras armas no reglamentarias. Pero tal y como ya vimos, la jurisprudencia no ha tenido en cuenta el carácter del arma y ha estimado más importante el modo de utilización de arma, siendo una resolución representativa la STS 891/2008, de 11 de diciembre (caso Roquetas). En este caso se utilizó una defensa eléctrica no reglamentaria, si bien el Alto Tribunal centró su argumentación jurídica en la forma en que actuaron los agentes y cómo se utilizaron las armas, que en su carácter antirreglamentario o no.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo, referente a un Policía Local que golpea con el puño y una linterna en la cabeza de la víctima, sin que hubiese motivo para ello, y por tanto se le condena por un delito de lesiones. En este caso la AP de Burgos no valora si el objeto con el que golpea es la linterna sino la necesidad de utilizar la fuerza por parte del agente que en este caso considera innecesaria totalmente.

Respecto del segundo de los inconvenientes planteados que está referido a la formación en el uso de medios, hay que decir que en muchas ocasiones resulta en efecto insuficiente. No obstante, en el seno de las FCS se realizan ejercicios de tiro con armas de fuego de forma periódica con la frecuencia que cada Cuerpo estima conveniente, atendiendo al tipo de Unidad al que se pertenece y a los servicios que se van a prestar, y en los últimos años se están impartiendo cursos de técnica policial sobre el manejo de defensas y reducción de detenidos.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han establecido cursos de formación en el manejo de los diferentes medios que pueden ser utilizados en las actuaciones policiales. A modo de ejemplo, y por lo que respecta a la Guardia Civil, los componentes de este Instituto armado no pueden

En este sentido, la jurisprudencia da por hecho que los integrantes de las FCS deben estar formados en el uso y manejo de los diferentes medios de dotación reglamentaria. Lo dicho puede apreciarse en algunas resoluciones que aluden a ello, como por ejemplo la STS 771/1994, de 7 de abril, referida a un caso en el que se ha utilizado el arma de fuego contra un individuo que huye y en la que se estima que:

“Disparar sobre un joven, que sin armas huye, y hacerlo sobre el cuerpo, demuestra (...) una grave impericia de quien, por su profesión, ha de dominar el uso del arma de la que la sociedad le dota para defenderla”.

Considero que se están realizando esfuerzos por parte de los diferentes Cuerpos policiales para subsanar esta deficiencia apreciable en algunos momentos, tal y como apuntaba PORTILLA CONTRERAS.

Volviendo al significado del principio de congruencia, encontramos una definición en la Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, en su instrucción séptima, referida al uso de la fuerza en la detención. Tomando como base los criterios previstos en el artículo 5.2 c), ofrece la siguiente redacción: *“La congruencia supone que el agente, una vez haya decidido el empleo de la fuerza y para que éste sea legítimo, habrá de elegir, de entre los medios legales previstos y disponibles, el que sea más idóneo y que mejor se adapte a la concreta situación, valorando, para ello, las prestaciones del medio agresivo, sus características, grados y demás efectos que respondan a la situación y finalidad legal pretendida. El agente actuará con la destreza adquirida en la instrucción recibida, tanto en el dominio del medio agresivo como en el conocimiento de sus técnicas de empleo. Concorre con la destreza el*

utilizar la defensa extensible si no han realizado dicho curso de capacitación y así conste mediante certificado emitido por los superiores jerárquicos para su constancia en los ficheros de la Dirección General de la Guardia Civil. Todos los detalles sobre esta regulación se expondrán en el epígrafe 3 de este mismo Capítulo, al analizar la incidencia del uso de estas armas en la exigente incompleta.

mantenimiento, por parte del agente policial, de la serenidad emocional y el autocontrol, aun en situaciones de riesgo.”

Se puede apreciar que la Instrucción mantiene un criterio similar al que hasta ahora venimos ofreciendo, al considerar que el principio de congruencia está vinculado a la idoneidad del medio empleado y al asociarlo al criterio de necesidad en concreto de la violencia. Además alude a los problemas que presenta este principio y que, señalados por PORTILLA CONTRERAS, ya hemos analizado.⁵⁵⁰

En cuanto al tratamiento del principio de congruencia por parte de la jurisprudencia hay que decir que no disponemos de resoluciones que nos indiquen cuál es su contenido, y simplemente se limitan a citar dicho principio al hilo de la mención de la LOFCS como norma reguladora en estos casos.⁵⁵¹ No obstante, sí que existe abundante jurisprudencia que alude al principio de idoneidad, bajo la denominación de la *“idoneidad de los medios empleados”*. En este sentido puede decirse que es mayoritaria la postura del Tribunal Supremo que considera que la idoneidad del medio empleado se identifica con la necesidad en concreto tal y como venimos viendo. Entre los casos más recientes podemos citar la STS 153/2013, de 6 de marzo, referida a un supuesto donde un agente ante un caso leve golpea con la defensa en la cabeza a un ciudadano causándole lesiones, aludiendo a este principio en los siguientes términos:

“4º) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las

⁵⁵⁰ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 524. Este autor también hace equiparable el principio de congruencia al de necesidad en concreto, al señalar que *“el empleo de la coacción debe ser congruente con al conducta a la que se enfrenta. Este requisito se identificaría con la necesidad en concreto de la violencia”*.

⁵⁵¹ Citan expresamente los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5.2 c) de la LOFCS en relación a la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber por las FCS, las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre; 153/2013, de 6 de marzo; 850/2006, de 12 de julio; 871/1998, 19 de junio; 106/1997, de 31 de enero; 866/1995, de 5 de julio y 1947/1994, de 4 de noviembre.

circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto)”.

Podemos apreciar que la idoneidad está referida en este caso a la utilización del medio “*menos peligroso*” y que queda vinculado al principio de menor lesividad en su utilización,⁵⁵² si bien otras resoluciones aluden expresamente a este término, como puede observarse en la STS 871/1998, de 19 de junio, referida a un agente que golpea con la pistola en la cara de un ciudadano, y que cita este principio de la siguiente forma:

“2.º Que el comportamiento violento y el uso de la fuerza, sean necesarios y racionalmente imprescindibles para el cumplimiento de la misión que han de desempeñar, distinguiéndose entre una necesidad en abstracto de violencia y una necesidad en concreto, esta última equivalente a la determinación de la idoneidad del medio utilizado para el cumplimiento del deber, distinción entre ambas clases de necesidad que se refleja en sus efectos, de tal modo que si no existe una necesidad abstracta de recurrir a la fuerza no puede operar la eximente ni como completa ni como incompleta, mientras que la necesidad concreta, cuando se rebase la racional legitimidad del medio utilizado aún permite la eficacia de la eximente degradada a efectos sólo atenuantes”.

Como puede verse, el principio de idoneidad (congruencia) se vincula nuevamente a la necesidad en concreto de la violencia, siendo ésta la postura que más utiliza el Tribunal Supremo.⁵⁵³

Por otro lado, y en relación al significado del término “*oportunidad*” que ofrece el diccionario, éste es el de “*sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y lugar*”⁵⁵⁴, con lo que se aprecia cierta similitud en su contenido con el término “*congruencia*”. Así lo ha resaltado OLMEDO CARDENETE al subrayar la confusión que se aprecia entre el principio de congruencia y el de oportunidad,

⁵⁵² También se refieren de esta forma al principio de congruencia las SSTS 543/2010, de 2 de junio; 850/2006, de 12 de julio o la SAP de Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo, o la SAP de Toledo (Sección 2ª), nº 31/2014, de 2 de diciembre.

⁵⁵³ Esta vinculación entre necesidad en concreto y principio de idoneidad (congruencia en los términos de la LOFCS), puede apreciarse claramente también en las SSTS 670/1998, de 14 de mayo; 192/1997, de 14 de febrero; 106/1997, de 31 de enero; 421/1996, de 13 de mayo; 2958/1993, de 30 de diciembre; 30 de junio de 1993; 15 de marzo de 1990; 24 de julio de 1989; 23 de febrero de 1988; 9 de diciembre de 1988; 19 de abril de 1986 y 20 de octubre de 1980, todas ellas relacionadas con la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

⁵⁵⁴ Significado extraído de la página web oficial de la Real Academia de la Lengua Española, (www.rae.es), que contiene la 22ª edición digital de 2012.

observando que *“el problema es que por congruencia se entiende «conveniencia, oportunidad», con lo que parece confundirse con el criterio siguiente”*⁵⁵⁵, lo que sin duda apoya la idea de PORTILLA CONTRERAS de que la congruencia está referida *“no solo la idoneidad y adecuación del medio empleado, sino también la previa llamada de atención a los sujetos a los que va dirigida dicha coacción”*,⁵⁵⁶ lo que provoca una relación con la necesidad de la violencia y por tanto con el principio de necesidad en abstracto.

En este sentido de asociar la necesidad en abstracto a la idoneidad de medios también se ha pronunciado, aunque de forma aislada, el Tribunal Supremo y así la STS 2347/1993, de 20 de octubre, que referida al supuesto de un agente que dispara contra un atracador armado de navaja, dispone que:

“el medio empleado es el idóneo para el cumplimiento de la función encomendada en atención a las circunstancias concurrentes de protección a las personas -S. 5-7-1985 (RJ 1985\3960)- existiendo la necesidad en abstracto del medio empleado lo que hace que opere como exigente completa -Sentencias, por todas, de 9-12-1986 (RJ 1986\7859), 2-7-1987 (RJ 1987\5150), 19-4-1988 (RJ 1988\2821)- debiendo apreciarse por la grave resistencia interpuesta por la víctima -SS. 23 febrero y 19 abril 1988 (RJ 1988\1237)”.

LUZÓN PEÑA, al hacer el análisis de los principios contenidos en la LOFCS partiendo del de *“oportunidad”* en la utilización de los medios a su alcance, dice que *“exige una valoración de si, aunque sea necesaria para evitar el daño, no producirá otras consecuencias o secuelas indeseables que la hagan inoportuna, ese juicio de oportunidad en caso de cumplimiento de un deber ha de limitarse al cómo y al cuando de la actuación, pero no al “si” de la misma, a si se realiza o no (a no ser que una ponderación de intereses haga que excepcionalmente el cumplimiento de un deber ceda ante un deber superior de evitar daños mayores), mientras que en el ejercicio de facultades del cargo la valoración de la oportunidad se extiende al si, al cómo y al cuando.”*⁵⁵⁷ Por tanto, este autor vincula la oportunidad a la valoración de si es

⁵⁵⁵ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 523.

⁵⁵⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”... *Opus cit.*, pp. 158-159

⁵⁵⁷ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 471.

necesaria esa forma de violencia, pero también a criterios temporales, al referirse al término “cuándo”. Este ámbito temporal es importante para los casos en que se hace necesaria la violencia en un determinado momento, pero posteriormente deviene no es necesaria, y por lo tanto ya no es “oportuna”. Así sucede en la STS de 30 de junio de 1993, que se ocupa de un caso donde un agente dispara su arma contra un delincuente y mata a dos compañeros, apreciando el TS la eximente en su forma incompleta, y argumentando que:

“Lo que no cabe apreciar -dado el conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso- es la «necesidad concreta» de usar las armas en el momento preciso que lo hizo el acusado, por las razones expuestas en el anterior Fundamento Jurídico (la primera reacción del delincuente fue la de huir; luego, al ser sujetado por el hombro por el Cabo, forcejeó con éste para desasirse, y, aunque en el forcejeo pretendía coger el revólver que llevaba a la cintura, en aquellos momentos, se hallaban próximos al punto de forcejeo, además del acusado, otros dos Policías, y el lugar estaba lleno de obstáculos -mesas y sillas-, era reducido -la terraza de un restaurante- y se encontraban allí otras personas -los acompañantes del delincuente, dos clientes y un camarero, al menos)”.

Por su parte, la Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, ya citada, ofrece también una definición de lo que se debe entender por oportunidad, con la siguiente redacción: *“Por oportunidad debe entenderse la necesidad o no de recurrir a la coacción física, de acuerdo con los datos conocidos sobre la situación y el sujeto en cuestión. El agente deberá sopesar las circunstancias propias del lugar, el conocimiento de la persona sospechosa, su peligrosidad o reacciones previsibles y su experiencia previa para determinar si la detención puede realizarse mediante la utilización de otros medios no violentos que la técnica profesional pone a su alcance.”* En base a esta definición podemos extraer que el significado de esta normativa reglamentaria vincula la congruencia al principio de necesidad en abstracto, y en menor medida también al criterio de menor lesividad, puesto que respecto de este último aspecto, si bien es posible cumplir el deber acudiendo a otros medios no lesivos puede considerarse como parte del contenido propio de la necesidad en abstracto.

Algunos autores, respecto del principio de menor lesividad, han señalado que es éste *“el criterio esencial que debe guiar la actuación del funcionario, y*

los demás meras derivaciones de aquél”.⁵⁵⁸ En mi opinión, la referencia a la “menor” lesividad implica de suyo que dicha lesividad ya existe y por ello cabe hablar de su graduación, con lo que de esta forma se entraría ya en contradicción con la necesidad en abstracto. No obstante sí considero que la totalidad de la actuación policial debe realizarse bajo el prisma de la menor lesividad. Por lo tanto no considero un problema relevante esta discusión dialéctica.

También lo vincula a la necesidad en abstracto OLMEDO CARDENETE, cuando señala que quedaría definido “*el requisito de oportunidad de la violencia, en el sentido en el que hasta ahora se venía hablando de necesidad en abstracto*”.⁵⁵⁹ Igualmente QUERALT, aunque refiriéndose en un sentido más amplio a la decisión de si investigar una serie de delitos o no, señala que “*el principio de oportunidad hace referencia al si, es decir, a si es conveniente proceder a la actuación*”.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 158 y ALONSO PÉREZ, F. *Manual del Policía... Opus cit.*, p. 50.

⁵⁵⁹ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 523. Para este autor, “*el uso de la coacción es oportuno si, por ejemplo, el sujeto se resiste violenta y contumazmente a la detención. Además en segundo lugar, deben existir intimaciones o advertencias previas (si no existe un riesgo inminente para la vida o integridad de alguien) del agente a que el sospechoso deponga su comportamiento contrario a la acción policial*”. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas. Madrid, 1988, pp. 406; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 164-165. También exigen esta intimación o advertencia previa del funcionario antes de proceder a la utilización del arma de fuego, las SSTS 30 de junio de 1993; 23 de febrero de 1988; 9 de diciembre de 1986; 20 de octubre de 1980, entre otras.

⁵⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “*Legalidad, necesidad y oportunidad*”...*Opus cit.*, p. 154. Este autor analiza en pp. 153-157, el principio de oportunidad referido de forma genérica a las actuaciones policiales y no concretadas en el uso de la fuerza. En este sentido no compartimos algunas de las afirmaciones que se realizan en el citado estudio que aluden a “*lo que parece ser una necesidad de la Policía de mantener una bolsa permanente de delincuencia activa*”, que en mi opinión se alejan mucho de los verdaderos objetivos de los Cuerpos policiales. No hay que olvidar tampoco que el principio de oportunidad como manifestación del principio de legalidad es una institución que está vinculada al Derecho Procesal Penal. Para profundizar sobre esta vertiente del principio véanse SANTANA VEGA, D.M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *ADPCP*, tomo 47, 1994, pp. 105-136 y MARTÍN DELPÓN, J.L., “El principio de oportunidad: análisis del Derecho comparado”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, 2011, pp. 187-206.

La jurisprudencia no ha ofrecido un significado del principio de oportunidad, y como también sucede en el caso del principio de congruencia, se limita a citarlo cuando se refiere a los principios que deben regir en el uso de la fuerza regulados en la LOFCS.

De lo dicho hasta aquí puede concluirse que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran de forma muy diferente cuáles deben ser los criterios reguladores del uso de la fuerza policial, y que además de los principios de necesidad en abstracto y de necesidad en concreto, exigen la observancia de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que conviven, de este modo, con los de menor lesividad, idoneidad, adecuación, racionalidad, etc. A todos ellos, además, según el autor que se estudie, se les dota de un contenido u otro,⁵⁶¹ por lo que se llega a la conclusión de que existe una gran profusión y solapamiento de contenidos entre estos criterios reguladores. En esta línea, OLMEDO CARDENETE opina que *“se detecta una notable confusión terminológica que se materializa en la profundización en unos conceptos a los cuales, dependiendo del estudio que se consulte, se les dota de un contenido sustancialmente diverso.”*⁵⁶²

Por destacar algún ejemplo, entre la doctrina hemos podido ver que tanto el principio de necesidad como el de proporcionalidad se vinculan con la adecuación de dicha proporcionalidad de la respuesta policial a la gravedad del hecho que la motiva.⁵⁶³ En cambio otros autores separan necesidad y proporcionalidad.⁵⁶⁴ Por otro lado, el principio de proporcionalidad es para

⁵⁶¹ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 523, opina que *“quizás la opción más razonable es tratar de reconducir todos esos criterios a los que previene la LOFCS, esto es, el de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.”*

⁵⁶² OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 521-522. También aprecia esta confusión entre los conceptos limitadores del uso de la fuerza SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 228-229.

⁵⁶³ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 228.

⁵⁶⁴ MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español... Opus cit.*, p. 192 y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 139 y 290-291.

QUERALT, equivalente a menor lesividad,⁵⁶⁵ y precisamente la menor lesividad es interpretada por SÁNCHEZ GARCÍA como equivalente a racionalidad y necesidad en concreto⁵⁶⁶, sin olvidar, como ya hemos apuntado que PORTILLA CONTRERAS Y ALONSO PEREZ consideran que la menor lesividad se erige en el principio que englobaría a todos los demás.⁵⁶⁷

Del mismo modo, y como síntesis sobre la forma en que la jurisprudencia se refiere a los principios que se están analizando y que deben regir el uso de la fuerza policial, el TS utiliza para resolver los casos que se le plantean criterios como la “*necesaria proporción racional del medio*” (STS de 4 de diciembre de 1991), el del “*medio racional*” (STS 1648/1993, de 2 de julio); “*medio no racional, adecuado ni proporcional*” (STS 866/1994, de 27 de abril); “*proporcionalidad del medio utilizado*” (STS 2135/1994, de 7 de diciembre); “*proporcionalidad en el empleo de la fuerza*” (STS 744/1995, de 2 de junio). En otras ocasiones hace equiparables otros parámetros diferentes, y así vincula la necesidad en concreto a la proporcionalidad en numerosas resoluciones (SSTS 112/2005, de 31 de enero; 26/1998, de 16 de enero; 1200/1994, de 2 de junio), o bien la proporcionalidad a la necesidad en abstracto (STS 1736/1994, de 30 de septiembre).

En mi opinión, es llamativo que teniendo una previsión legal de los principios que deben regir el uso de la fuerza policial en la LOFCS, como hemos visto en el epígrafe anterior, y que supone el supuesto habilitante para la actuación legítima de los agentes policiales, algunos autores no se refieran a ellos al abordar esta cuestión,⁵⁶⁸ y que se apoyen exclusivamente en los

⁵⁶⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Tirar a matar”...*Opus cit.*, p. 732.

⁵⁶⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...* *Opus cit.*, pp. 138-139.

⁵⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. y ALONSO PÉREZ, F. *Manual del Policía...* *Opus cit.*, p. 50.

⁵⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, G (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *Parte General del Derecho Penal...* *Opus cit.*, pp. 512-513; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, pp. 497-498; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, pp. 290-291; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 255; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA, G., “Art. 20.7º CP. El que

requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde 1980, de manera más o menos uniforme, viene recogiendo. Por su parte, la mayoría de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo referidas a la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber por los miembros de las FCS, como hemos visto, se ha limitado a citar en sus resoluciones los principios que vienen regulados en la LOFCS, sin que haya desarrollado su contenido o haya adaptado de forma expresa sus criterios a estos principios. No obstante ello, hay que decir que esta circunstancia no ha supuesto una merma en el sistema de garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos, puesto que aunque el Alto Tribunal no haya abordado esta cuestión de forma concreta, los criterios que ha utilizado se corresponden en la práctica, desde el punto de vista de su contenido, con los requisitos consignados en la LOFCS. Así lo ha señalado PORTILLA CONTRERAS, que refiriéndose a los principios de «congruencia, oportunidad y proporcionalidad», opina que *“el nuevo texto legal positiviza, eso sí alterando la terminología, los criterios que tanto doctrina como jurisprudencia ya habían exigido en la práctica general de la fuerza policial. De este modo, los antiguos criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad se van a corresponder ahora con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad descritos en el artículo 5.2 c) y d) de la LOFCS”*.⁵⁶⁹

En este mismo sentido, tal y como propone OLMEDO CARDENETE, *“la opción más razonable es tratar de reconducir todos estos criterios a los que previene la LOFCS”*. Así, de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, el principio de congruencia se vincularía al de necesidad en concreto, que incluiría la utilización del medio menos lesivo, referido a la «clase» y «cantidad» necesaria según la situación concreta. El principio de oportunidad quedaría asociado a la necesidad en abstracto, que también exigiría una resistencia previa por parte

obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias...Opus cit.*, pp. 227-228; JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. VI. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General... Opus cit.*, p. 171.

⁵⁶⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 158.

del sujeto y la necesidad de que haya advertencias por parte del agente. Por último, el principio de proporcionalidad quedaría definido como ponderación de intereses en conflicto, erigiéndose en el criterio rector en la intensidad o cantidad de fuerza desplegada de acuerdo con el criterio de necesidad en concreto.

La única resolución, por lo que se me alcanza, que se basa en los principios de la LOFCS es la STS 1496/2000, de 30 de septiembre, referida a un supuesto en el que un miembro de la Policía Municipal, ante la discusión que mantenía un ciudadano con otro agente en las dependencias oficiales, y dada la negativa del primero a abandonar las mismas, le golpeó con la defensa en la cabeza, lo que provocó que se golpeará asimismo contra el suelo y se produjeran lesiones de gravedad. La Audiencia Provincial de Valladolid condenó al agente como autor de un delito de lesiones, cuya resolución fue confirmada por el TS en los siguientes términos:

“El cuarto de los interpuestos, con sede en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento, pretende que se debió aplicar la exigente de obrar en cumplimiento de un deber, núm. 11 del artículo 8 del Código Penal de 1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670) , en relación con la Ley Orgánica del 13 de marzo de 1986 (RCL 1986, 788) relativa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Como bien razona la sentencia recurrida no es aplicable esta causa de justificación pues la referida Ley Orgánica ha de interpretarse en base a los principios de congruencia, oportunidad y racionalidad pues «solamente deberán utilizar las armas en ocasiones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física (la del agente) o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana... (art. 5.4, C)». Y, en el presente caso, no se dan estos requisitos, pues es muy claro que para desalojar las dependencias policiales a un individuo (a un solo individuo) que además se encontraba inerte, no era preciso acudir a métodos tan contundentes y agresivos, máxime cuando en las mismas dependencias se encontraba otro agente municipal con la categoría de sargento. Es decir, existió una extralimitación en el uso del deber de tal envergadura, que la proporcionalidad que requiere la norma exoneradora para poder aplicarse, no es posible apreciarla”.

En este caso puede observarse que se vincula la proporcionalidad al tipo de fuerza utilizada, con lo que se asocia a la necesidad en concreto de dicha violencia. No obstante, puede también extraerse de esta resolución una ponderación de intereses por cuanto la misma sitúa en un plano la misión

policial que consiste en la desobediencia en desalojar las dependencias policiales y por otro el daño causado.

A raíz de lo dicho, surge la pregunta de si son suficientes los principios señalados en la LOFCS para resolver de una manera satisfactoria los casos referidos a las actuaciones en que los agentes policiales deber utilizar la fuerza o si por el contrario es necesario acudir a otros criterios para abordar de forma completa esta problemática.

En mi opinión, y a modo de conclusión de lo dicho en este epígrafe, dichos principios son suficientes si se les dota de contenido y se concreta en qué planos operan. Así, de forma esquemática y refiriéndonos exclusivamente a los principios recogidos en la LOFCS y de acuerdo con el contenido que según ha quedado sentado a lo largo de las páginas precedentes se les debe otorgar, puede afirmarse lo siguiente:

- a) Principio de congruencia: asimilado al de necesidad en abstracto; de carácter esencial y que a su vez integraría el de menor lesividad.
- b) Principio de oportunidad: asimilado al de necesidad en concreto, en el que pueden ubicarse la idoneidad del medio empleado (clase), y la intensidad de la fuerza (cantidad o proporcionalidad). Se configura como un requisito no esencial que puede dar lugar a graduar la aplicación de la eximente como incompleta.
- c) Principio de proporcionalidad: entendido de acuerdo con la idea de como ponderación de los intereses en juego. También cabe considerarlo como requisito no esencial y su ausencia por tanto puede dar lugar a la apreciación de la eximente como incompleta.

En este punto, es necesario recalcar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto como aquí se ha plasmado, debe informar todos los aspectos que conforman los criterios de actuación de las FCS, tal y como hemos ido argumentando en las páginas precedentes.

2.6.- Actitud agresiva o de resistencia del sujeto sobre el que recae la acción policial.

La actitud que mantiene el sujeto sobre el que se proyecta la acción policial es uno de los requisitos que se han tenido en cuenta por una parte de la doctrina⁵⁷⁰ y por algunas resoluciones del Tribunal Supremo⁵⁷¹, cuya primera manifestación como requisito que forma parte de un grupo de criterios exigibles para la aplicación de la eximente se muestra en la STS 20 de abril de 1990, referida a la actuación de un miembro de la Guardia Civil que, creyendo que un

⁵⁷⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 151; RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRO, G., “Art. 20.7º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias... Opus cit.*, p. 228; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 466; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 255; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 395; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia 2010, p. 325; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 107; JUDEL PRIETO, A., “Tema 9. IV. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General... Opus cit.*, p. 238; CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, p. 38.

⁵⁷¹ Tratan esta circunstancia de resistencia o actitud agresiva por parte del sujeto que recibe la acción policial, las SSTs 828/2013, de 6 de noviembre; 277/2004, de 5 de marzo; 601/2003, de 25 de abril; 601/2003, de 25 de abril; 1633/2001, de 18 de septiembre; 1682/2000, de 31 de octubre; 1284/1999, de 21 de septiembre; 26/1998, de 16 de enero; 2347/1993, de 20 de octubre; 10 de julio de 1991

conductor había arrollado con su vehículo a su compañero y para evitar que se diera a la fuga, efectuó varios disparos al aire y momentos después otros disparos a las ruedas del vehículo que causaron la muerte del mismo, siendo condenado como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. Los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo, que valora como requisito “*el grado de resistencia o actitud, en su caso, del previamente intimidado*” son:

*“Es cierto que en el primer resultando aparece que el procesado creyó «que su compañero había sido alcanzado y para evitar que el coche se diera a la fuga, al mismo tiempo que retrocedía para no ser atropellado, sacó su pistola reglamentaria (...) y efectuó al tiempo que el vehículo le había sobrepasado, varios disparos al aire, y al no detenerse lo hizo a las ruedas del mismo, uno de cuyos disparos «hirió mortalmente al conductor». Pero, aun así, el vehículo ya había sobrepasado al procesado y, se subraya en el primer considerando, «**su ocupante no había hecho ningún acto de fuerza**». El disparar al aire o incluso a las ruedas del vehículo, puede ser una conducta que guarda proporción, que es racionalmente imprescindible, para impedir la fuga de quien se cree que ha pretendido arrollar a un compañero, pero evidentemente no lo es el disparo que destroza el pulmón izquierdo del conductor. Tal violencia no era necesaria ni en abstracto ni en concreto por lo que no cabe en el marco de la eximente completa o incompleta prevista por el art. 8,11 del Código Penal”.* (La negrita es añadida).

También la STS de 10 de julio de 1991, que se ocupa de resolver un caso donde un agente de policía cachea a un individuo con el arma montada encontrándole una pistola (que resultó ser de fogueo), y creyendo que hacía un movimiento para eludir dicha actuación y con la intención de efectuar un disparo al aire no calculó bien y el proyectil le impactó en el brazo. El Tribunal Supremo alude a la resistencia del sujeto en los siguientes términos:

“la actividad que puedan desplegar los agentes de la Policía tiene que ser proporcionada a la gravedad de la situación que, como hemos dicho, no presentaba caracteres que hicieran sospechar una reacción violenta o de resistencia. Ante dicho comportamiento no era necesario ni proporcionado empuñar el arma montada para realizar el cacheo por lo que se estima que no se actuó con las precauciones necesarias para evitar el riesgo que podía derivarse de tan mortífero artefacto”.

Algunos autores se han pronunciado sobre el contenido de este requisito que se cita como uno de los criterios que deben apreciarse para poder aplicar la eximente. Así, CERVELLO DONDERIS opina que “*este último elemento*

cobra una especial importancia puesto que es el punto de partida que abre la puerta a la autorización, en su caso, del uso de la fuerza como elemento subsidiario, ya que en la medida en que el particular no se resista es razonable pensar que existan otros medios susceptibles de ser utilizados".⁵⁷² Comparto esta afirmación en el sentido ya comentado de que, al valorar la necesidad de la violencia en abstracto para cumplir la misión policial, el agente deberá tener en cuenta el grado de resistencia que muestra el sujeto ya que si se le advierte que va a ser detenido o que no se resista y éste obedece, no cabrá ningún tipo de violencia sobre el mismo por ser absolutamente innecesaria para cumplir la misión.

Pero esto no significa, como también señala CERVELLÓ, que se exija una agresión previa⁵⁷³, fase ya superada desde 1980 como hemos visto, sino la valoración de la actitud del sujeto en términos de resistencia o no colaboración para efectuar la diligencia concreta de que se trate.

Aunque no es éste en sentido estricto uno de los requisitos esenciales a los que se refiere la jurisprudencia (que, como hemos estudiado, consisten en la condición de autoridad, agente o funcionario público habilitado legalmente para ejercer la violencia, que se encuentre en el ejercicio efectivo de las funciones y en la necesidad abstracta de la violencia), puede decirse que en los casos en los que se exige, éste se configura como un elemento imprescindible para su aplicación, puesto que en realidad puede englobarse en el principio de necesidad en abstracto de la violencia, ya que si no se produce esta actitud hostil o agresiva del sujeto, no cabría hablar de necesidad de aplicar ningún tipo de violencia. Así se ha apreciado por las diferentes resoluciones que han tratado este aspecto de la eximente, como la STS 485/2013, de 5 de junio, que se ocupa del siguiente supuesto: un agente policial golpea a un individuo que se encontraba ya detenido, estimando el Alto Tribunal que el sujeto no presentaba peligrosidad alguna y por tanto el uso de

⁵⁷² CERVELLÓ DONDERIS, V., "Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva"...*Opus cit.*, p. 33.

⁵⁷³ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva"...*Opus cit.*, p. 33.

la violencia no era en absoluto necesaria, con lo que al faltar dicho requisito no aplica la eximente. La sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

“Los hechos probados describen unos acontecimientos, según los que no hubo en ningún caso necesidad de ejercer ninguna violencia sobre la víctima más allá de la que ya se le había aplicado al esposarle. La víctima estaba rodeada de policías, esposado con las manos en la espalda y su peligrosidad era nula. El acusado no actúa para neutralizar ninguna peligrosidad del acusado.”⁵⁷⁴

También hay ejemplos de aplicación de la eximente precisamente por haberse apreciado la actitud agresiva del sujeto, como en el que refleja la STS 2347/1993, de 20 de octubre, referida a una patrulla de policía que avisada de que dos jóvenes armados con pistola y navaja estaban cometiendo un atraco en un bar de la localidad y que habían bajado la persiana para mayor impunidad, se dirigieron al lugar siendo uno de los policías acometido por uno de los asaltante que iba armado con una navaja, por cuyo motivo el agente disparó su arma causando la muerte del joven. La Audiencia Provincial de Valencia absolvió al agente y el TS confirmó la sentencia con los siguientes argumentos:

“el medio empleado es el idóneo para el cumplimiento de la función encomendada en atención a las circunstancias concurrentes de protección a las personas -S. 5-7-1985 (RJ 1985\3960)- existiendo la necesidad en abstracto del medio empleado lo que hace que opere como eximente completa -Sentencias, por todas, de 9-12-1986 (RJ 1986\7859), 2-7-1987 (RJ 1987\5150), 19-4-1988 (RJ 1988\2821)- debiendo apreciarse por la grave resistencia interpuesta por la víctima -SS. 23 febrero y 19 abril 1988 (RJ 1988\1237)-. Ello resulta coincidente, por otra parte, con cuanto expresa el art. 5.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existiendo riesgo grave para la vida, debiendo actuarse con la decisión necesaria y sin denuncia cuando de ello depende evitar daño grave, inmediato e irreparable y rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ En el mismo sentido de considerar que no era necesaria la utilización de la violencia en abstracto y por tanto no cabe aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, véanse las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre; 882/2010, de 15 de octubre; STS 421/1996, de 13 de mayo; 866/1994, de 27 de abril; 1648/1993, de 2 de julio y SAP de Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo, entre otras muchas.

⁵⁷⁵ Véanse también entre otras, la STS 277/2004, de 5 de marzo, y SAP de Burgos (Sección 2ª), nº 31/2014, de 2 de diciembre, que aplican la eximente precisamente por entender que existe una grave resistencia de la víctima que hace imprescindible el uso de la violencia.

Como puede apreciarse, en estos casos la necesidad de la violencia se hace evidente al ser imposible cumplir con el deber asignado a los agentes ante una actitud de no colaboración por parte del sujeto. En base a esto, surge una pregunta: ¿Es posible utilizar la violencia en casos donde no hay una actitud agresiva o de resistencia por parte del sujeto? Esta cuestión nos conduce a la problemática fundamental que presenta este requisito que se extiende principalmente a dos clases de supuestos. En primer lugar, aquéllos en los que el trasgresor que hay que detener huye del agente, y en segundo lugar los casos de actuación en manifestaciones o reuniones donde no se produce ningún tipo de agresión ni resistencia activa de los concurrentes. Es evidente que en ambos casos la actitud del sujeto es la de no colaborar, negarse a cumplir lo ordenado o resistirse al agente, pero no se produce ningún tipo de agresión contra éste.

a) Actuación policial en casos de huida:

Por lo que respecta a los casos en los que el sujeto se da a la fuga ante el requerimiento del agente, y en base a lo que hemos visto hasta aquí, puede parecer que no es necesario aplicar ningún tipo de violencia, y que en caso de hacerlo se produciría el incumplimiento de un requisito esencial como hemos visto, el de necesidad en abstracto. Lo cierto es que, en ocasiones, sí que se utiliza la fuerza, la cual, generalmente y debido a la distancia, es mediante el uso del arma de fuego del agente.

PORTILLA CONTRERAS opina que *“si el detenido se da a la fuga, sin que exista riesgo alguno para la integridad de alguien, el funcionario tan sólo podrá hacer uso de su arma con una finalidad intimidatoria y no compulsiva, siendo ilegal, no sólo el disparo efectuado con la intención de matar, sino también con la finalidad de lesionar, disparando sobre una zona no vital del cuerpo”*. Esta afirmación es matizada después al decir este mismo autor que si la fuga sí que conlleva dicho riesgo para la integridad de alguna persona y no existe otra forma de llevar a cabo la misión, y siempre con previas advertencias y en su caso disparos al aire, sería legítimo el uso de las armas de fuego,

añadiendo además que los disparos deben ir dirigido a zonas no vitales.⁵⁷⁶ Con estos razonamientos PORTILLA critica las afirmaciones vertidas sobre este aspecto por QUERALT, que ha señalado que en los casos de fuga “*sólo cabe ponerlo fuera de combate del modo menos lesivo posible, tanto atendiendo a las circunstancias de fuga como a la del delito presuntamente cometido*”.⁵⁷⁷ Entiende aquél autor que con este argumento se está defendiendo la utilización de cualquier tipo de fuerza física contra el que huye -salvo la utilización del arma-, y que esta circunstancia está en contra de la tesis que defiende el primero. Considero, no obstante, que en este punto ambos autores coinciden. QUERALT, refiriéndose exclusivamente a los casos de fuga, ha señalado que “*la mera desatención del «Alto» policial no faculta en absoluto para producir la muerte, pues la fuga no es ningún delito, y si lo es en ciertos supuestos, aparece la regla de la proporcionalidad entre los bienes en juego*”.⁵⁷⁸ Por lo tanto podemos apreciar que los aspectos fundamentales sobre los que se apoyan este tipo de actuaciones son la gravedad del delito y por otro el principio de menor lesividad. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que un agente de policía persigue a un atracador que después de apoderarse de cierta cantidad de dinero de un banco huye al percatarse de la presencia de los agentes. El delito puede calificarse de grave, si bien entiendo que no requiere que se utilice el arma de fuego, por cuanto en ese momento no existe un peligro grave para ninguna persona. En este tipo de supuestos habrá que valorar si iba armado, qué tipo de arma llevaba y el riesgo de que la utilizase contra alguien de forma concreta.

Esta idea nos conduce a comentar una circunstancia que es perfectamente posible y que de hecho ocurre en alguna ocasión: la muerte dolosa del delincuente a manos de los miembros de las FCS. Aunque QUERALT ha tratado este asunto en el marco de la “*orden legítima de tirar a matar*”,⁵⁷⁹ y por tanto, enmarcada en la problemática de la obediencia debida

⁵⁷⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 162-163.

⁵⁷⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El Policía y la Ley*...*Opus cit.*, p. 239.

⁵⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. E. *El Policía y la Ley*...*Opus cit.*, p. 239, y en “Tirar a matar”...*Opus cit.*, p. 741.

⁵⁷⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Tirar a matar”...*Opus cit.*, p. 742.

que analizaremos detalladamente en epígrafes posteriores, estimo que no es necesario que se produzca en dicho contexto por cuanto un agente puede atender esta conducta sin que exista dicha orden. Hay que empezar diciendo que si defendemos, como aquí se hace, que el uso del arma de fuego debe ser un recurso remoto en el campo de actuación de las FCS, más todavía debe serlo con la intención de causar la muerte del delincuente. A partir de esta premisa pueden plantearse supuestos de extrema gravedad en los que no sea suficiente disparar a zonas no vitales puesto que, incluso así, el riesgo seguiría existiendo. Pensemos por ejemplo en el caso extremo en el que un terrorista suicida portando un chaleco repleto de explosivos entra en un lugar lleno de gente con la inequívoca intención de hacerlo estallar, o en el del terrorista que está a punto de activar un coche bomba, o que va a ejecutar de un disparo a un rehén, etc. En tales circunstancias, un disparo a zonas no vitales no conjugaría el riesgo para la integridad o la vida de terceros. Aunque algunos autores rechazan esta posibilidad debido a que *“el empleo de la violencia dirigida a producir la muerte para el cumplimiento de una función pública vulnera el derecho a un proceso penal rodeado de las debidas garantías”*, entendiéndose que tal hipótesis *“debe considerarse no como un exceso intensivo –por infracción de los principios de menor lesividad o de proporcionalidad-, sino como un supuesto de falta absoluta de legalidad”*. No obstante, junto a estas afirmaciones, se apunta al mismo tiempo que sí sería posible la muerte dolosa en el ejercicio de funciones públicas en caso de legítima defensa.⁵⁸⁰ Considero que la proximidad e incluso concurrencia a veces de ambas eximentes permitiría en este caso la muerte dolosa en casos como los que hemos referido. Como aprecia el TS, sería un absurdo no aplicar la eximente a supuestos que basados en hechos idénticos sí encajan en la más genérica causa de justificación de la legítima defensa.⁵⁸¹ Y en este sentido cabe preguntarse: ¿acaso responder a la agresión ilegítima causando la muerte del agresor no supone en ocasiones cumplir con el deber?⁵⁸²

⁵⁸⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 175.

⁵⁸¹ Así, entre otras, las SSTS 744/1995, de 2 de junio y 2347/1993, de 20 de octubre.

⁵⁸² Sobre la concurrencia entre ambas circunstancias y la preferencia de aplicar la eximente de obrar en cumplimiento de un deber sobre la legítima defensa cuando al agente se encuentra en el ejercicio efectivo del cargo, vid. Capítulo V, epígrafe 2.1.

La primera vez que el Tribunal Supremo se ocupó de los casos de huida del trasgresor en el contexto de la delimitación de los criterios que debían concurrir para aplicar la eximente de obrar en cumplimiento de un deber por las FCS fue en la STS de 20 de octubre de 1980, aunque ya se venía aludiendo a esta cuestión en resoluciones anteriores⁵⁸³. En palabras de tal resolución:

*“4.º) en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hace uso de armas de fuego, disparando contra aquél sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación especialmente si concurre ausencia de otros medios, y si el delito cometido por el que huye era de capital importancia, pero si la transgresión no era especialmente grave, no cabrá calificar el comportamiento de la autoridad o de sus agentes como ajustados a Derecho”.*⁵⁸⁴

Así, y para los casos más habituales de la utilización del arma contra el trasgresor que huye, resultará necesario que el delito cometido por el sujeto sea especialmente grave, que haya advertencias previas por parte del agente, y que, como último recurso, se realicen disparos, sea a zonas no vitales del huido. Esta previsión jurisprudencial se ve también apoyada por la regulación de la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado de 14 de abril de 1983, a la que hemos hecho referencia anteriormente, y que establece que solo podrá utilizarse el arma de fuego contra al sujeto que huye en casos graves, con disparos intimidatorios e intimaciones previas, y en última instancia dirigiéndola a partes no vitales, siempre que no haya riesgo para otras personas y que conste la extrema peligrosidad del que huye, *“por hallarse provisto de un arma de fuego, explosivos o arma blanca susceptibles de causar grave daño”*, bajo el principio de menor lesividad y teniendo en cuenta que *“es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente”*.⁵⁸⁵

Todas estas cuestiones han sido tratadas por la jurisprudencia. En este sentido destacan la STS de 23 de febrero de 1988, referida a un policía nacional que ante la huida de unos individuos que instantes antes estaban forzando un vehículo, y tras darles el «alto», dispara su arma larga al aire y a la

⁵⁸³ Exigen este requisito las SSTS de 9 de mayo de 1969; 14 de junio de 1960; 2 abril de 1960, entre otras.

⁵⁸⁴ También se cita expresamente este requisito en las SSTS

⁵⁸⁵ Véase el análisis de la Instrucción de la DSE de 14 de abril de 1983 en supra: Capítulo II, epígrafe 2.7, y de la regulación de las armas de fuego en el Capítulo III, epígrafe 3.

vista de que no se detenían disparando a uno de ellos en las piernas causándole lesiones. La Audiencia Provincial de Navarra condenó al agente por un delito de lesiones aplicando la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber de forma incompleta. El Tribunal Supremo cita en primer lugar el requisito necesario para aplicar la eximente en los siguientes términos:

“5.º) que se produzca resistencia por parte de la víctima, por lo que en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen uso de las armas de fuego, sólo cabe hablar de legitimación, cuando concurre ausencia de otros medios, y el delito cometido era de gravedad y capital importancia -cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1960 (RJ 1960\1994), 9 de marzo de 1963 (RJ 1963\1008), 9 de mayo de 1969 (RJ 1969\2735), 25 de abril de 1980 (RJ 1980\1483), 13 de mayo de 1982 (RJ 1982\2666), 24 de febrero de 1983 (RJ 1983\1719), 9 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7859) y 23 de julio de 1987 (RJ 1987\5619)-.

Y confirma la resolución recurrida en base a los siguientes argumentos:

“ni el delito cometido era de tal gravedad intrínseca que hiciese necesario el uso del arma de fuego, ni la víctima hizo resistencia alguna, sino que huía, existiendo por tanto, una inadecuación de los medios empleados, faltando la necesidad concreta de la violencia utilizada, por lo que, si el exceso acontece por esa inadecuación, cabrá la eximente incompleta. En tal sentido, los apartados c) y d) del número 2.º del artículo 5.º de la Ley mentada, expresa que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sólo deberán utilizar las armas en las situaciones de riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, y ello, es incuestionable que no concurría en la actuación del recurrente, por lo que, fue correcta la decisión de la Audiencia, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo”.

De la lectura de estos razonamientos puede extraerse que si bien el propio TS alude a que solo podrán utilizarse las armas en casos graves, considera un mero exceso en la proporcionalidad del medio empleado la utilización de un arma larga de fuego para neutralizar a un delincuente cuyo delito había sido intentar robar un vehículo. En otras resoluciones posteriores, en su línea más consolidada, el Alto Tribunal considera este tipo de actuaciones como un caso de extralimitación inaceptable y en consecuencia no aplica la eximente ni siquiera como incompleta.

Este es el caso de la STS 423/2002, de 12 de marzo, referida a un supuesto que se inicia con la persecución de un vehículo que no se había detenido en un control, y en el que el agente dispara desde el vehículo oficial impactando sobre la persona que acompañaba al fugado, que muere como consecuencia de dicho disparo. La Audiencia Provincial de Sevilla condenó al agente como autor de un delito de homicidio imprudente. El Tribunal Supremo confirmó esta resolución, señalando respecto de la gravedad de los hechos que motivaron la persecución lo siguiente:

*“el disparo se produjo sin que hubiera riesgo para la vida de nadie que pudiera haberse evitado por ese medio, y contraviniendo las reglas a las que antes se ha hecho mención y que, según se dijo, estaban orientadas, de forma específica, a conjurar un peligro como el que se materializó en el fallecimiento de la ocupante del vehículo. La jurisprudencia de esta sala ha condicionado la operatividad de la circunstancia que se invoca a que el funcionario habilitado para servirse de las armas hubiera hecho uso de éstas en una situación que lo hiciera realmente necesario para evitar un mal grave que no pudiera excluirse por otros medios; señalando que, en otro caso, la eximente del art. 20.7ª CP no podría operar ni siquiera como incompleta (por todas, sentencia de 30 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 7902] y de 19 de junio de 1998 [RJ 1998, 5692])”.*⁵⁸⁶

Del mismo modo, otras resoluciones insisten en que el uso de la fuerza ante la huida debe ir precedida de advertencias o intimaciones, seguidas de disparos al aire o suelo⁵⁸⁷, comprobando que no existe peligro para terceros⁵⁸⁸ y que el sujeto que huye es peligroso.⁵⁸⁹

Por lo tanto, a modo de recapitulación de lo dicho hasta ahora, puede decirse que en casos de huida sólo será posible utilizar el medio menos lesivo

⁵⁸⁶ Se refieren expresamente a la gravedad de la situación que da lugar a la actuación de los agentes las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre (considera que la conducta del agente es imprudente y condena sin aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber); 1648/1993, de 2 de julio (considera que hay gravedad en la situación previa y absuelve al agente); de 9 de diciembre de 1986 (se considera que hay gravedad y se aplica la eximente incompleta); SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 373/2015, de 2 de junio (diferencia lo que son supuestos graves de leves), entre otras muchas.

⁵⁸⁷ En este sentido las SSTS 421/1996, de 13 de mayo (disparos intimidatorios); 771/1994, de 7 de abril (disparos disuasorios); 1648/1993, de 2 de julio (disparos advertencia); 1009/1993, de 7 de mayo (aplica la eximente al agotar todos los medios disuasorios y de advertencia), entre otras.

⁵⁸⁸ STS 2135/94, de 7 de diciembre.

⁵⁸⁹ STS 1009/1993, de 7 de mayo (aplica la eximente por la peligrosidad del sujeto); STS 15 de marzo de 1990 (eximente incompleta al faltar necesidad concreta).

en proporción al hecho cometido. Muchas veces la fuga se produce después de haber cometido una infracción administrativa y en este caso sólo cabría tratar de identificarlo para su posterior sanción. Si las circunstancias lo requieren por la gravedad del hecho, y siempre teniendo en cuenta el principio de menor lesividad, podrá recurrirse a la utilización de medios de fuerza adecuados a la finalidad de la misión. Como recurso remoto se sitúa el empleo del arma de fuego, que ante situaciones graves que requieran su empleo, será utilizada de la forma en que acabamos de mencionar.⁵⁹⁰

No obstante, hay casos de fuga en los que el agente, lejos de utilizar el arma de fuego decide emplear otros medios a su alcance, como en los hechos de la STS 670/1998, de 14 de mayo, relativos a un sujeto que emprende la huida bien perseguido por el agente policial, que durante la persecución va propinándole golpes con la defensa reglamentaria que portaba. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condena al agente por un delito de lesiones, aplicando la eximente incompleta al considerar que los golpes fueron desproporcionados. El Tribunal Supremo confirma dicha resolución.

Una de las actuaciones que en mayor medida pueden dar lugar a que se produzca la huida de una persona ante los agentes policiales es sin duda el control policial, donde varios agentes van deteniendo a los vehículos bien para efectuar pruebas de alcoholemia o bien para comprobar si poseen algún objeto ilícito, o bien en operaciones de búsqueda de alguna persona o grupo de personas. Sobre este tipo de diligencias, ALONSO PÉREZ opina que *“en lo que respecta a los controles policiales, sólo se debe disparar cuando la fuerza pública sea atacada, se la atropelle o manifiestamente se la intente alcanzar”*.⁵⁹¹ Hay que citar también en este punto la Circular de la Dirección

⁵⁹⁰ Pueden citarse como ejemplos de resoluciones que reflejan estos aspectos las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre (condena); 31 de diciembre de 1996 (sí que aprecia la eximente de legítima defensa y obrar en cumplimiento de un deber); 2 de julio de 1993 (no aprecia la eximente porque dispara sin agresión ni intimación del sujeto); 1648/1993, de 2 de julio (sí aprecia la eximente); 1009/1993, de 7 de mayo (aplica la eximente porque el sujeto era un preso por delito de sangre y huye al ser trasladado al hospital); 24 de febrero de 1983 (no se aprecia oposición o rebeldía de forma activa).

⁵⁹¹ ALONSO PÉREZ, F., “La utilización de las armas de fuego por las Fuerzas de Seguridad. Apuntes jurisprudenciales”, en *Diario La Ley*, nº 5545, tomo 4, 2002, p. 1700.

General de la Guardia Civil nº 3 de 13 de mayo de 1998, para evitar accidentes de circulación, que en su apartado segundo, punto 7, establece que *“cuando se pretenda dar alcance en vías públicas a presuntos delincuentes no se realizará persecución alguna que pongan en peligro la seguridad de los demás usuarios o la suya propia, sino que lo pondrá en conocimiento de la central de servicios de la que dependa para la activación del correspondiente dispositivo, manteniendo mientras tanto el seguimiento a una velocidad acorde a las normas de circulación”*.

Comparto la opinión de ALONSO PÉREZ, que coincide con lo dicho hasta ahora sobre el empleo de las armas de fuego: solo en caso de que se produzca una situación de grave riesgo y siempre atendiendo a la menor lesividad se podría utilizar la fuerza en estos casos. Además ha de tenerse en cuenta que ante personas que se saltan el control y se dan a la fuga no disponemos de datos acerca de los motivos reales de dicha actitud, que en muchas ocasiones es motivada por causas sin ninguna relevancia.⁵⁹²

Así, la STS 1311/1997, de 28 de octubre, se ocupa de un caso donde una patrulla de la Guardia Civil da el alto a los ocupantes de un vehículo que se da a la fuga y se inicia una persecución que finaliza con el disparo de uno de los agentes de la patrulla hacia el vehículo causando lesiones al conductor. En este caso la Audiencia Provincial de Albacete condenó al agente por una falta de imprudencia simple sin aplicar la eximente. El TS confirma la resolución pronunciándose sobre la situación de peligro existente cuyos argumentos pueden resumir muy bien lo dicho hasta ahora:

*“1. Básicamente sostiene el Fiscal en primer término que el disparar a las ruedas de un coche que circulaba con matrícula española de Barcelona por la jurisdicción de Albacete, que no se ha detenido ante las indicaciones de un servicio de vigilancia de la Guardia Civil constituye un riesgo permitido. No ofrece dudas que **quien desde un coche en movimiento dispara sobre otro que también se mueve genera un riesgo específico** no obstante su calidad y entrenamiento como tirador. No es lo mismo disparar a pie firme sobre un objeto quieto que hacerlo desde un punto de apoyo en movimiento sobre un*

⁵⁹² La STS 423/2002, de 12 de marzo, que ya hemos citado anteriormente, trata un caso de disparo contra los ocupantes de un vehículo que se saltan un control y que finaliza con la condena del agente por homicidio imprudente.

objeto móvil. En tales condiciones se aumenta considerablemente el riesgo de desvíos de los disparos y el peligro de las personas que se encuentran en el coche que es objeto de los mismos. Se debe preguntar, por lo tanto, si en la situación concreta en la que el acusado efectuó los disparos, la creación de este peligro para las personas estaba permitido o, incluso, impuesto por el orden jurídico. A este respecto es preciso tener presente lo dispuesto en la LO 2/1986 (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sobre la actuación de los miembros de los mismos, dado que el legislador ha tenido en cuenta que tales actuaciones de agentes armados pueden generar peligros para los bienes jurídicos de los ciudadanos y ha querido limitar y definir los mismos de una manera razonable. En tal sentido el art. 5.2, c) y d) de dicha ley establece respectivamente que los agentes de tales fuerzas se regirán, entre otros, por el «principio de proporcionalidad» y que **«solamente deberán utilizar armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior»**. 2. En el presente caso es evidente que no se da ninguna de las condiciones que permiten la creación de un riesgo proveniente del uso de armas en público. En efecto, **no existía ningún riesgo racionalmente grave** para la vida o la integridad física del acusado ni de terceras personas derivado de los hechos en los que el acusado actuó. Téngase presente que el objeto del servicio de vigilancia «era controlar los vehículos que por allí circulaban e identificar a sus ocupantes debido a que, al parecer, en fechas próximas anteriores se habían cometido varios robos y atracos en la citada localidad y alrededores». Por lo tanto, no cabía esperar de las personas buscadas agresiones a las personas, dado que supuestamente se buscaban delincuentes contra la propiedad. Si bien es cierto que el comportamiento observado por los ocupantes del coche B-...-GH pudo afectar al menos la integridad corporal de los agentes (al respecto se abrió otra causa), no lo es menos que **cuando comenzaron los disparos no existía ningún peligro para la vida de aquéllos**. En consecuencia, **era suficiente con comunicarse con otros servicios motorizados de la Guardia Civil** -como efectivamente se hizo- para instar la detención del coche, sobre el que no pesaba ninguna sospecha específica, fuera del hecho -por otra parte nada anormal- de que la matrícula pertenecía a un municipio distinto del de Albacete. En consecuencia, la acción del acusado no puede ser considerada un riesgo permitido. 3. Tampoco es posible sostener que el riesgo no se concretó en el resultado por causa de la auto puesta en peligro de la víctima. En este sentido se debe señalar que no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado por el autor previamente y no dirigido a la víctima, sino todo lo contrario. Es el propio acusado el que ha reaccionado creando un peligro sobre la víctima hasta ese momento inexistente. Por otra parte la conducta de la víctima -como vimos «supra» 2- no tenía por qué generar el uso de armas dado que no reunía las condiciones para ello». (la negrita es añadida).

b) Utilización de la fuerza policial en supuestos de resistencia pasiva en reuniones o manifestaciones:

El segundo aspecto problemático que presenta esta cuestión concreta referida a la actitud del sujeto sobre el que recae la acción policial son los

referidos a supuestos de resistencia pasiva en reuniones o manifestaciones públicas, donde obviamente no se produce esta reacción agresiva por parte de los ciudadanos que de modo pacífico ejercen este derecho fundamental.⁵⁹³

En este contexto lo que se produce es una confrontación entre dos derechos o intereses fundamentales. Por un lado el derecho de reunión y por otro lado el derecho del resto de ciudadanos a ejercer sus derechos fundamentales, además de la garantía de la seguridad ciudadana o el orden público, siguiendo el criterio legal; aspectos estos últimos que, según la previsión del artículo 104 CE, corresponde proteger a las FCS. En esta confrontación entre derechos fundamentales y las misiones policiales es conveniente recordar, como señala ALONSO RIMO, que el derecho de reunión y manifestación supone, *“como no se cansa de repetir nuestro Tribunal Constitucional, una «manifestación colectiva de la libertad de expresión» y «cauce del principio democrático participativo» y en esa medida sus límites se han de interpretar con carácter general en términos restrictivos y conforme al principio favor libertatis*”.⁵⁹⁴ Queda clara así la importancia que posee el ejercicio de este derecho fundamental, que obviamente deberá ser tenida en cuenta por el legislador a la hora de diseñar sus límites, entre los que se encuentra la posibilidad de su disolución por las FCS a tenor de la previsión contenida en la LOPSC, como ahora veremos.

En este punto es importante resaltar, como lo hace QUERALT, que para poder utilizar la fuerza por parte de los agentes de las FCS en una manifestación es necesario que ésta se encuentre entre los parámetros que la Ley Orgánica 8/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión,

⁵⁹³ El derecho de reunión viene consagrado en el artículo 21 CE cuyo tenor literal es: *“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesita autorización previa.”* Así mismo la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, desarrolla la previsión constitucional de este derecho fundamental.

⁵⁹⁴ ALONSO RIMO, A., “Delito de ocupación de oficinas o locales (art. 557 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director). Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015...*Opus cit.*, p. 1321, donde cita en este sentido las SSTC 195/2003, de 27 de octubre; 193/2011, de 12 de diciembre, y las SSTEDH caso Ashughyan c. Armenia, de 17 de julio de 2008, o caso Barraco c. Francia, de 5 de marzo de 2009 y del mismo autor “Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (Art. 557.2 y 559 CP), en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, pp. 359-412.

establece como causas de disolución de reuniones y manifestaciones⁵⁹⁵ y que este autor denomina “*delictividad de las manifestaciones en la vía pública*”.⁵⁹⁶ Obviamente, si se trata de reuniones o manifestaciones lícitas únicamente cabría el recurso a la fuerza en casos de agresión directa a los agentes o de alteración del orden público que, aun cuando sea protagonizada por un grupo minoritario entre los manifestantes, la convertirá en ilícita y con ello cabrá su disolución.⁵⁹⁷ En lo que respecta a la fuerza mediante el uso de armas de fuego, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 d) de la LOFCS, solo cabrá si se produce una situación de “*grave riesgo*”, y si los perturbadores hacen uso de sus armas de fuego contra las fuerzas del orden.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ El artículo 5 de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, en consonancia con lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Española establece que: “*La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos: a) cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales. b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes. c) cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes. D) cuando fueran organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil infringiendo las limitaciones impuestas en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en el artículo 8 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista*”. Por su parte el artículo 10 del mismo texto legal establece que: “*Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*”. En este mismo sentido, el artículo 513 CP regula el delito de reunión y manifestación ilícita en el siguiente sentido: “*Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1º. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. 2º. Aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos contundentes o de cualquier otro modo peligroso*”. Sobre este asunto puede verse también la Instrucción FGE 7/1987, de 24 de noviembre, sobre “*Posición jurídica del Ministerio Fiscal ante determinados actos perturbadores del orden en vías públicas y espectáculos deportivos*”.

⁵⁹⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *El Policía y la Ley... Opus cit.*, pp. 220 y 222.

⁵⁹⁷ Sobre el delito de desórdenes públicos son muy interesantes los comentarios efectuados por CUERDA ARNAU, M.L, y ALONSO RIMO, A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015... Opus cit.*, pp. 1303-1308 y 1309-1338, respectivamente.

⁵⁹⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, pp. 163-164. En el mismo sentido, aunque distinguiendo entre reuniones o manifestaciones simplemente “prohibidas” de las que “se deben suspender o disolver”, CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, p. 35.

Como complemento a esta regulación, hay que citar también lo que sobre dicha materia establece la LOPSC, cuya primera norma, del año 1992, establecía reglas al respecto⁵⁹⁹ y que según ha puesto de manifiesto OLMEDO CARDENETE supuso un avance con respecto a la Ley de Orden Público cuya regulación de la materia resultaba incompatible con nuestro sistema constitucional.⁶⁰⁰ Recordar también aquí la regulación del CEDH, que ya hemos

⁵⁹⁹ La regulación sobre la posible disolución de reuniones y manifestaciones por las FCS en la LOPSC 1/1992, de 21 de febrero, venía establecida en los artículos 16 y 17, con el siguiente contenido: "**Artículo 16.** 1. Las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana. Sin embargo, podrán suspender los espectáculos y disponer el desalojo de los locales y el cierre provisional de los establecimientos públicos mientras no existan otros medios para evitar las alteraciones graves de la seguridad que se estuvieren produciendo. 2. Dichas autoridades, por medio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán disolver, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, en los supuestos prevenidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías. **Artículo 17.** 1. Antes de llevar a efecto las medidas a que se refieren los artículos anteriores, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas. 2. En el caso de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas o con otros medios de acción violenta, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos, sin necesidad de previo aviso. 3. En los casos a que se refieren los artículos anteriores, los empleados de empresas privadas de vigilancia y seguridad, si los hubiere, deberán colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad respecto del interior de los locales o establecimientos en que prestaren servicio.

⁶⁰⁰ OLMEDO CARDENETE, M., "Artículo 20.7", en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 548. Una visión crítica sobre el tratamiento que de los derechos de reunión y manifestación hace de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de PSC puede verse en ALONSO RIMO, A., "El nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad ¿Ciudadana?: Análisis desde la perspectiva del Derecho de reunión y manifestación", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014, donde se destaca la falta de garantías que esta norma introduce. La regulación actual de esta materia por la LOPSC de 2015 viene establecida en el artículo 23, bajo el título de "Reuniones y manifestaciones", con el siguiente contenido: "1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana. Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías. 2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso. 3.

estudiado, y que en su artículo 2º.2 c) señala que *“la muerte no se considerará inflingida con infracción del presente artículo (...) c) para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”*, que a tenor de su propia remisión a *“de acuerdo con la Ley”*, puede extraerse que lo hace al artículo 5 de la LOFCS y por tanto a sus principios básicos que son incompatibles con dicha previsión internacional.

De forma sintética, siguiendo la exposición de CERVELLÓ DONDERIS⁶⁰¹, y por lo que hace al uso de la fuerza policial en reuniones o manifestaciones, pueden distinguirse las no autorizadas de aquéllas en las que, autorizadas o no, concurren actos de alteración del orden público, ilícitos penales u otros previstos en la LODR. Así, en la primera hipótesis (no autorizadas), dado que tan solo constituyen una infracción administrativa⁶⁰² no puede utilizarse la fuerza policial salvo en casos de agresión a los agentes. En la segunda, podrá utilizarse dicha fuerza o violencia para su disolución, teniendo en cuenta los mismos parámetros generales previstos para los demás casos en los artículos 5.2 c) y d) de la LOFCS, (congruencia, oportunidad y proporcionalidad), con el mismo contenido que se está desarrollando en este capítulo referido a necesidad en abstracto, necesidad en concreto, proporcionalidad, menor lesividad, advertencias previas, etc.

Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible. En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso”.

⁶⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”... *Opus cit.*, pp. 38-43.

⁶⁰² El artículo 35.1, de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de PSC, tipifica como infracción muy grave: *“Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas. En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores”*. Por su parte el artículo 36.7, califica de grave la infracción consistente en: *“La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio”*, y el artículo 37.1 considera infracción de carácter leve: *“La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores”*.

También la jurisprudencia sigue estos criterios, como puede verse en la STS 4/2005, de 19 de enero, en relación con un agente de policía que golpeó con su defensa a una de las personas que formaba parte de un grupo reunido en las inmediaciones de un domicilio donde se iba a proceder a la detención de uno de los miembros de la Mesa nacional de Herri Batasuna, y que pese a su actitud acalorada no se mostraba violento ni suponía una amenaza contra los agentes. La Audiencia Provincial de Bilbao condenó al agente por un delito de lesiones, cuya resolución fue confirmada por el Tribunal Supremo con los siguientes argumentos:

*“no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e imprescindible de la «necesidad» de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7385) , para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe». «Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado «...no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes»”.*⁶⁰³

Por lo tanto, no existen diferencias apreciables en el uso de la fuerza respecto a los parámetros genéricos por lo que hace a las personas que se encuentran en una reunión o manifestación que ha quedado encuadrada en uno de los supuestos de disolución por parte de los miembros de las FCS. Así, éstos deberán cumplir el deber de disolver dicha concentración atendiendo a los criterios que se siguen en el uso de la violencia, teniendo como primera premisa que si las advertencias son suficientes para que dicha reunión o manifestación cese, no será legítimo el uso de fuerza alguna para ello,

⁶⁰³ En el mismo sentido las SSTS 1010/2009, de 27 de octubre; 1695/1999, de 1 de diciembre; 1947/1999, de 4 de noviembre; 1284/1999, de 21 de septiembre; 458/1996, de 24 de mayo; 24 de febrero de 1983, entre otras, se ocupan de casos donde se analizan los requisitos y detalles que hemos venido comentando aplicándolos a supuestos concretos.

debiendo introducir cualesquiera otras medidas alternativas y teniendo aquí un papel protagonista la figura de los *mediadores o negociadores*. En lo demás, y una vez concluido que se necesita la fuerza para cumplir el deber habrá que tener especial cuidado en la aplicación de la fuerza en el caso concreto bajo parámetros de proporcionalidad. Obviamente, el uso de armas tan lesivas como las de fuego, no estarán autorizadas, tal y como han señalado algunos autores⁶⁰⁴, y sólo podrá recurrirse a ellas en el caso de que alguno de los manifestantes las utilice contra los agentes, lo que supone que éstos tan solo las dirigirán contra éstos y no contra el resto.

También pueden señalarse otras problemáticas vinculadas a este tipo de actuaciones, como son la obediencia debida y la sugerencia de utilizar otros medios más acordes a estas situaciones como las denominadas “*armas no letales*” propuestas por algunos autores.⁶⁰⁵ Respecto del primer asunto, obviamente habrá que estar a la previsión contenida en el artículo 5.1 d), de la LOFCS que prohíbe obedecer órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o las Leyes, y que, como ya hemos mencionado, será objeto de un epígrafe posterior. Con respecto a las armas que los miembros de las FCS pueden utilizar en estos casos, y que ya se han mencionado,⁶⁰⁶ comparto la propuesta de estos autores de que se utilicen otros medios idóneos y menos lesivos.⁶⁰⁷ Considero que la premisa principal es que el deber policial en este caso (disolver la reunión o manifestación) se materialice de la forma menos lesiva, y por tanto todo medio que cumpla estos parámetros sería idóneo.

⁶⁰⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, p. 46, y PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 163.

⁶⁰⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”...*Opus cit.*, pp. 44-46, y OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. ; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 175.

⁶⁰⁶ Véase Capítulo III, epígrafe 3.

⁶⁰⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Art. 20.7º”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 175, se refiere a “*armas químicas, los «proyectiles de energía frenada», las proyecciones de agua a presión, los proyectiles con narcótico, las arma eléctricas, etc*”.

En este sentido resultan de interés los modelos de control policial de protestas señalados por BLAY, donde se destaca que en nuestro país se dirige hacia el modelo de “gestión negociada” aunque con ciertos matices, analizando los diversos parámetros que se utilizan en las reuniones y manifestaciones por parte de la policía, entre los que se encuentra el referido a la diferenciación entre manifestantes “pacíficos” y manifestantes “violentos”.⁶⁰⁸

Quisiera finalizar este epígrafe aludiendo a las resoluciones que dicta el TEDH, que en una gran mayoría de ocasiones tienen que ver con supuestos en los que la actuación policial ha tenido lugar en reuniones o manifestaciones, y en las que los ciudadanos llegan a este Tribunal alegando abuso por parte de los agentes. Ya hemos citado anteriormente la STEDH de 8 de febrero de 2011 (caso Gülizar contra Turquía), que se condenó al Gobierno de este país a pagar una indemnización a la demandante por apreciar que la fuerza empleada fue excesiva y desproporcionada.⁶⁰⁹

2.7.- El elemento subjetivo del tipo de injusto en la exigente de cumplimiento de un deber.

Según se ha dicho, la cuestión relativa a exigir la presencia de elementos subjetivos en las causas de justificación viene determinada por la concepción del injusto de la que se parta, o lo que es lo mismo, de la concepción del Derecho que se tenga.⁶¹⁰ Así opina también MAQUEDA ABREU al pronunciarse sobre el elemento subjetivo de justificación, señalando que *“la decisión en torno a la exigencia o no de elementos subjetivos para la justificación tiene que ver en lo fundamental – como, con razón, se ha señalado por la doctrina- con la concepción del injusto y, en definitiva, del Derecho que se sustente”*.⁶¹¹ En este mismo sentido se ha pronunciado CEREZO MIR, que ha señalado que *“desde el momento en que nuestro Código se inspira en una*

⁶⁰⁸ BLAY, E., “El control policial de las protestas en España”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2013, p. 21 y 23.

⁶⁰⁹ Vid. también entre otras, la STEDH de 22 de mayo de 2001 (caso Altay contra Turquía).

⁶¹⁰ COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 296 y 462.

⁶¹¹ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”. *Diario La Ley*, Tomo 2, 1984, p. 1091.

*concepción de lo injusto que distingue un desvalor de la acción y un desvalor de resultado, es necesario apreciar elementos subjetivos de justificación*⁶¹².

Como ya apuntamos en el epígrafe tercero del Capítulo II, partimos de una concepción mixta de la antijuridicidad y del mismo modo que lo hace la mayor parte de la doctrina, defendemos una naturaleza mixta de las causas de justificación, integrada por elementos tanto objetivos como subjetivos. En este epígrafe nos vamos a ocupar del estudio de los elementos subjetivos que puede contener la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber. Para ello resulta necesario plantear, siquiera sea brevemente, cuáles son las principales posturas que pueden mantenerse acerca del contenido del elemento subjetivo general de justificación, lo que nos permitirá analizar con mejor criterio cuál es la postura que defienden los diferentes autores así como la jurisprudencia en este sentido, y el posterior tratamiento específico del elemento subjetivo de la eximente objeto de estudio.

De forma genérica y aplicable a todas las causas de justificación, el elemento subjetivo supone, como han señalado MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, que el sujeto *“conoce la situación objetiva justificante y que actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados”*⁶¹³. En este sentido, CALDERÓN / CHOCLÁN señalan que *“la justificación de un hecho requiere: 1) que objetivamente concurren las circunstancias justificantes. A la concurrencia real se equipara la creencia fundada y razonable, según el juicio objetivo ex ante, de que concurren realmente; 2) que el sujeto actúe con conocimiento de la situación justificante, que obre con la conciencia de hacer algo conforme a Derecho, de que no contraviene la norma penal”*.⁶¹⁴ Por tanto, se exige que el sujeto actúe conociendo los presupuestos objetivos de justificación y que su ánimo sea el de actuar de acuerdo con la Ley. A juicio de estos últimos autores, se discute si es necesario que el sujeto actúe además con la motivación de la

⁶¹² CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 198.

⁶¹³ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 336.

⁶¹⁴ CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (Coordinadores). *Código Penal comentado... Opus cit.*, p. 200.

finalidad de justificación, es decir, si es suficiente con que el sujeto conozca de la agresión ilegítima o se exige que además obre con la voluntad de defenderse, teniendo en cuenta el tenor literal de algunas causas de justificación que utilizan expresiones como «*en defensa de*» o «*en cumplimiento de un deber*». etc.

Se puede decir que es ésta la principal problemática que presenta el elemento subjetivo general de justificación, la de delimitar por un lado su contenido y por otro las posibles consecuencias jurídicas de su ausencia, lo que constituye el núcleo de divergencias doctrinales acerca de esta cuestión. Así lo ha señalado SANZ MORÁN⁶¹⁵, que distingue entre los que se muestran partidarios de una posición objetivista, que evidentemente niegan la exigencia de un elemento subjetivo de justificación salvo que lo disponga la Ley⁶¹⁶, y los que consideran que las causas de justificación poseen elementos objetivos y subjetivos, entre los cuales pueden, a su vez, advertirse dos posturas: por un lado la de los que entienden que el contenido del elemento subjetivo de justificación sigue la estructura del dolo (donde también se discute acerca del elemento volitivo), y por otro la de aquéllos que exigen en la justificación una finalidad, ánimo o tendencia que va más allá del «conocer o querer» propios del dolo. En último lugar, y en “*franco retroceso*” se encuentran los autores que niegan totalmente cualquier elemento subjetivo de justificación.⁶¹⁷

Integran la posición objetivista quienes defienden la norma penal como “*un juicio de valor*”, como algo impersonal, con arreglo a lo cual únicamente se tienen en cuenta los elementos objetivos, dejando los elementos subjetivos en el ámbito de la culpabilidad del sujeto donde se le reprochará haber infringido el Derecho. Esta concepción entendida como lesión del orden objetivo del Derecho se le conoce como concepción estrictamente valorativa del injusto, y

⁶¹⁵ SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación*. Editorial Bosch. Barcelona, 1993, pp. 27 a 57 y 91.

⁶¹⁶ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 185; LUZÓN PEÑA, D.M., “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 1995, p. 38.

⁶¹⁷ ARROYO DE LAS HERAS, A. *Manual de Derecho Penal. El delito*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1985, p. 361.

entre sus partidarios hay quienes niegan totalmente la existencia de elementos subjetivos o quienes los aceptan con diversos matices.⁶¹⁸ También SANZ MORÁN ha señalado a este respecto que “es perfectamente posible partir de una concepción objetiva del injusto y admitir, no obstante, de manera excepcional –y siempre que el legislador así lo establezca- la presencia de un componente intencional o tendencial en determinadas causas de justificación”.⁶¹⁹ Añade este autor que esta problemática surge en la medida en que, como ha señalado SANZ MORÁN, “al no existir una opción legislativa inequívoca, la decisión aparece más abierta”.⁶²⁰

Siguiendo la exposición de MAQUEDA ABREU⁶²¹, se puede decir que uno de los máximos representantes de esta teoría objetivista es RODRÍGUEZ DEVESA, que la defiende teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales. En primer lugar, identificando los “elementos subjetivos” con los “elementos personales” y en segundo lugar, subrayando la falta de regulación legal en el ordenamiento jurídico español para poder afirmar la existencia de estos elementos subjetivos de justificación. En relación al primero de los aspectos señalados, este autor entiende que “el Derecho no puede aspirar a penetrar en los misterios insondables del alma humana”, citando a este supuesto a modo de ejemplo el del “policía que despliega en la persecución del delincuente el mayor celo impulsado por el placer de la caza del hombre”.⁶²²

Según algunos autores “fin subjetivo” y “motivo” o “móvil”, como hoy viene reconociendo la doctrina dominante, son momentos que en nada afectan

⁶¹⁸ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”...*Opus cit.*, p. 1091.

⁶¹⁹ SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación*...*Opus cit.*, p. 90.

⁶²⁰ SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación*...*Opus cit.*, p. 90, que cita dentro de la posición objetivista la regulación sobre esta materia que hace el Código Penal italiano, que en su artículo 59 establece que: “Salvo que la Ley disponga lo contrario, las circunstancias que excluyen la pena son valoradas a favor del agente, aunque éste no las conozca o, por error, las crea inexistentes”. En este sentido también CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*...*Opus cit.*, p. 93, que alude a que “en la legislación italiana esta cuestión no se plantea porque el artículo 59 del Código Penal italiano la resuelve tajantemente”.

⁶²¹ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”...*Opus cit.*, p. 1091 y ss.

⁶²² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Dykinson. 18ª edición. Madrid, 1995, p. 504.

al elemento subjetivo de justificación, y que la mayoría de la doctrina entiende en la actualidad que debe considerarse integrado por el conocimiento de los presupuestos objetivos de justificación y por la voluntad de su realización, sin que se tengan en cuenta otro componente anímico diferente a éstos.⁶²³

El elemento subjetivo de justificación supone el conocimiento y voluntad de los presupuestos objetivos de la justificación y por tanto es suficiente con que el sujeto actúe bajo este conocimiento. Algunos autores han señalado sin embargo que esto no significa que se deba actuar bajo la voluntad consciente de cumplir los deberes que el ordenamiento jurídico impone, como hace RODRÍGUEZ DEVESA, por cuanto ello supondría tener que *“fundamentar la impunidad del delito putativo – o incluso, su misma existencia- cuando la creencia errónea del autor (error de prohibición al revés) versa sobre la eficacia justificante de una norma permisiva.”*⁶²⁴

Se refiere este autor a una situación inversa a la habitual, en la que el sujeto actúa bajo la creencia de que está cometiendo un delito cuando en realidad su comportamiento queda justificado por el cumplimiento de su deber. Puede citarse como ejemplo de estos supuestos el del médico que practica un aborto desconociendo que con ello salva la vida a la madre y por tanto su comportamiento estará justificado. En relación al castigo que debe imponerse en estos casos, considero que si bien persiste el desvalor de acción por cuanto la conducta del médico es reprochable, el resultado obtenido es beneficioso para el Derecho (salva la vida de la madre), y por tanto esta ausencia de

⁶²³ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”. *Diario La Ley*, Tomo 2, 1984, p. 1092.

⁶²⁴ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”...*Opus cit.*, p. 1092. Esta autora opina, refiriéndose únicamente a las eximentes de legítima defensa y de estado de necesidad, que es suficiente con que el autor *“sepa que es objeto de una agresión ilegítima y actúe para repelerla, o que en el estado de necesidad conozca la situación de conflicto entre bienes o deberes y obre con voluntad de salvar el interés más valioso o el deber de mayor importancia.”* Y en el mismo sentido que aquí se defiende, considera que *“si para la exclusión de lo injusto de una conducta fuere precisa la voluntad consciente de actuar en el ejercicio de las facultades o en el cumplimiento de deberes que el orden jurídico impone, no sería viable la aludida solución para los supuestos en que el autor desconoce, por ejemplo, que el aborto terapéutico está permitido, o que la lesión de un bien jurídico (vida, integridad...) en legítima defensa se adecua a las exigencias del Derecho, ya que entonces su comportamiento sería antijurídico, precisamente por ausencia del elemento subjetivo requerido para su justificación”*.

desvalor de resultado neutraliza la acción cometida y se por ello no puede castigarse como consumado, sino como delito en grado de tentativa.

Por lo que respecta al segundo de los aspectos citados por RODRÍGUEZ DEVESA, referido a la falta de apoyo legal para fundamentar la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación, se basa este autor en el análisis efectuado por la doctrina de la preposición «en» que consta en las eximentes previstas en los artículos 20.4 CP, «en defensa», 20.5 CP, «para evitar un mal», y 20.7 «en el cumplimiento de un deber», negándoles cualquier significado de *“finalidad del sujeto”* y otorgándoles simplemente el de una *“cualidad de la acción”*.⁶²⁵ Como ha señalado CARBONELL MATEU, *“para RODRÍGUEZ DEVESA, lo importante no es la motivación del sujeto, sino la real lesión o puesta en peligro de una bien jurídico, sin contraprestación en otro”*.⁶²⁶

En cambio, otros autores, incluso seguidores de una concepción objetiva del injusto, guiados por la voluntad que les impone la Ley, opinan que estos términos en los que discurre la redacción legal obligan a considerar este ánimo del sujeto hacia el cumplimiento del Derecho, y así SÁIZ CANTERO opina que *“a nuestro juicio, en todas las causas de justificación de nuestro Código se hace esa expresa exigencia, por lo que cabe afirmar desde ahora que para que una conducta típica resulte justificada es preciso que su autor tenga voluntad de actuar conforme a lo que manda el ordenamiento jurídico.”*⁶²⁷

En el caso de la eximente que estamos estudiando, añade este autor que *“inserta en la fórmula legal adquiere una significación dinámica siendo equivalente la expresión «en cumplimiento» a la de «para cumplir un deber».* Otra interpretación conduciría a establecer la equivalencia entre el giro *«en cumplimiento de un deber»* con las de *«en ocasión»* o *«con motivo de cumplir*

⁶²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Dykinson. 18ª edición. Madrid, 1995, p. 485.

⁶²⁶ CARBONELL MATEU, J. C. *La Justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes... Opus cit.*, p. 95.

⁶²⁷ SAÍNZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bosch. Barcelona, 1990, p. 340.

*un deber», las cuales, pienso, las hubiera utilizado el legislador si ése hubiera sido su propósito, como ha hecho en otros preceptos penales.*⁶²⁸

La segunda de las posiciones apuntadas por SANZ MORÁN, partidarios de la presencia de un elemento subjetivo en las causas de justificación, se correspondería con la denominada teoría imperativista, o de la norma penal donde ésta se entiende como una norma de determinación, imperativa, posición que deriva de una concepción subjetiva del injusto. En este caso la norma con el juicio de valoración realizado previamente por el legislador se dirige como una obligación para su cumplimiento por los ciudadanos. Con estas premisas, será la voluntad del sujeto de contravenir la norma lo que producirá su incumplimiento, afectando así principalmente a la antijuridicidad y consiguientemente también la voluntad de cumplir la norma penal será causa de que la antijuridicidad quede eliminada, configurándose así en elementos subjetivos de justificación.⁶²⁹

En la órbita de las tesis finalistas encontramos a los partidarios de trasladar al elemento subjetivo de justificación la estructura del dolo, es decir, «conocimiento y voluntad»⁶³⁰, y a los defensores de que el ánimo del sujeto debe ir más allá del «conocer y querer», como lo hace CEREZO MIR al señalar que “*es preciso que el sujeto actúe no sólo con el conocimiento y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos que sirven de base a las causas de justificación, sino, además, con el ánimo o voluntad de (...) cumplir con su deber o de ejercer su derecho, oficio o cargo*”, y así solo cuando esto sea así podrá afirmarse que el sujeto ha actuado “*en cumplimiento de un deber*”.⁶³¹

⁶²⁸ SAÍNZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 350.

⁶²⁹ MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”...*Opus cit.*, p. 1091.

⁶³⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)... Opus cit.*, pp. 12-14, considera que ambos elementos son imprescindibles.

⁶³¹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 198-199. Referida expresamente a los supuestos de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, defiende esta misma idea en la p. 302.

A raíz de aquí, y con respecto a estos planteamientos, mantener una u otra postura decidirá las consecuencias jurídicas que se van a producir en caso de ausencia del elemento subjetivo. Así, sintéticamente planteadas, las posturas tradicionales⁶³² sobre este aspecto mantienen que en función de la posición que se defienda, las posibles consecuencias de su ausencia son, con diversos matices, la de la impunidad (aplicar la causa de justificación), para el caso de seguirse la tesis objetivista⁶³³ y desde posiciones mixtas de la justificación, la tentativa para el caso de seguir la estructura del dolo⁶³⁴, y la consumación si se exige que la intención o ánimo del sujeto vaya más allá del dolo.⁶³⁵ No obstante, algunos autores han añadido también como posibilidad en caso de ausencia del elemento subjetivo, la de la eximente incompleta que se vincula igualmente a supuestos referidos a la estructura del dolo.⁶³⁶ Como

⁶³² Proponen tres posibles consecuencias (impunidad, tentativa y consumación) ante la ausencia del elemento subjetivo de justificación, CARBONELL MATEU, J.C. *La Justificación penal. Fundamentos, naturaleza y fuentes...Opus cit.*, pp. 89 y ss y SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación...Opus cit.*, pp. 60 y ss, entre otros autores. Añaden la eximente incompleta como una cuarta posibilidad QUERALT JIMENEZ, J.J., “*Animus iniurandi e injurias*”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1989, p. 985 y GIL GIL, A. *La ausencia de los elementos subjetivos de justificación...Opus cit.*, p. 123, entre los partidarios de la estructura del dolo.

⁶³³ Niega la existencia de un elemento subjetivo de justificación salvo que venga regulado en la Ley, CARBONELL MATEU, J.C. *La Justificación penal. Fundamentos, naturaleza y fuentes...Opus cit.*, pp. 89 y ss, en “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 185.

⁶³⁴ Postura que comparten SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación...Opus cit.*, p. 93; LUZÓN PEÑA, D.M., “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, .S. (Coordinadores). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1993, p. 38; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo...Opus cit.*, pp. 138 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 255-256; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 290;

⁶³⁵ Se muestran partidarios de esta postura CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 198-199; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 95; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I...Opus cit.*, p. 431; GIL GIL, A. *La ausencia de los elementos subjetivos de justificación...Opus cit.*, pronunciándose de forma expresa a partir de la p. 2.

⁶³⁶ La defienden, con matices, MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 455; VALLE MUÑIZ, J.M. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Editorial PPU. Barcelona, 2004, pp. 124 y ss; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito...Opus cit.*, pp. 768 y ss; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 336; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la*

representante de esta postura, entendiendo que es la que debe aplicarse en caso de ausencia del elemento subjetivo VALLE MUÑIZ, que señala que *“una vez alcanzada la perfección de la conducta típica, la única figura capaz de graduar lo injusto del hecho es la justificación incompleta. Esta propuesta, como intentaré demostrar, permitirá no violentar la coherencia del sistema y, a la vez, tomar en consideración toda la complejidad de la conducta; definida no sólo por la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penal, sino también por su capacidad para salvaguardar otros valores o intereses considerados, en la situación concreta, como preponderantes”*.⁶³⁷

Siguiendo el mismo esquema expositivo referido de forma genérica a las causas de justificación, y una vez efectuada esta breve descripción de la estructura sobre la que cabe asentar el contenido y las consecuencias jurídicas del elemento subjetivo de la causa de justificación de obrar en el cumplimiento de un deber, puede decirse que el significado que se otorga al elemento subjetivo de la eximente objeto de estudio es, como señala SÁNCHEZ GARCÍA, *“que el sujeto actúe con conocimiento y voluntad referidos a la situación objetiva de justificación, es decir, de ejercicio del cargo. El agente de la autoridad debe conocer, por ejemplo, que emplea la fuerza contra quien se resiste a una detención que responde a alguno de los supuestos legalmente previstos.”*⁶³⁸

Con respecto al contenido del elemento subjetivo del cumplimiento del deber, OLMEDO CARDENETE ha señalado que *“viene configurado no solo por el conocimiento y voluntad del presupuesto objetivo de la eximente, sino también por la intención de actuar lícitamente, conforme a Derecho. Y mucho más en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber donde, por ejemplo, los agentes de la autoridad deben poseer la intención de cumplir con*

autoridad... Opus cit., p. 144; TRAPERO BARREALES, M.A. Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal. Editorial Comares. Granada, 2000, pp. 377-381. Esta autora efectúa un análisis pormenorizado del elemento subjetivo de justificación defendiendo la postura de aplicar la tentativa inidónea en el caso de que esté ausente el elemento subjetivo de justificación. Se pronuncia expresamente sobre ello en p. 394.

⁶³⁷ VALLE MUÑIZ, J.M. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal.* Editorial PPU. Barcelona, 1994, p. 119.

*su función esencial, esto es, la defensa de la legalidad y el respeto al ordenamiento jurídico mediante la investigación y persecución de los delitos y de sus culpables”.*⁶³⁹

Estos autores exigen un paso más, y consideran que además de este conocimiento y voluntad de los presupuestos objetivos se exige que el agente policial dirija su acción en el cumplimiento de un deber, es decir, que su intención sea la de cumplir con la obligación de su cargo, como hemos visto que señalaba también CERESO MIR.⁶⁴⁰

En cambio, otros defensores de la necesidad del elemento subjetivo se pronuncian de una forma diferente a como lo hace CERESO y no exigen un ánimo más allá del propio que le infiere la estructura del dolo, y así MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN sostienen que *“el elemento subjetivo de justificación no exige, por tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente”*. Añade que *“no se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar, simplemente, que conoce la situación objetiva justificante y que actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados”*, y por ello concluye que *“la ausencia del elemento subjetivo de justificación en una situación objetivamente justificada mantiene el desvalor de acción, aunque no el de resultado, por eso sólo puede hablarse de una tentativa del delito que el sujeto creía que cometía, pero no de consumación, aunque también podría valorarse como una eximente incompleta”*.⁶⁴¹

⁶³⁹ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 541.

⁶⁴⁰ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 198-199. En el mismo sentido SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “VIII. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*. Tomo I... *Opus cit.*, p. 431, que opina que *“como en toda causa de justificación es preciso, en primer lugar, la presencia de un elemento subjetivo o «valor de la acción», que en este caso, consiste en el ánimo, intención o propósito de actuar en «cumplimiento de un deber»*.

⁶⁴¹ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 335-336.

Partiendo de la premisa, como ya he dicho, de que definiendo la necesidad del elemento subjetivo en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber por los miembros de las FCS, entiendo que para definir la posición concreta que se considera más correcta hay que tener en cuenta varios factores. El primero de ellos y más importante es si dicho requisito debe tenerse como esencial o principal ya que en este caso su ausencia daría lugar sin ninguna duda a la tesis de la consumación es decir a la inaplicación de la eximente. En este sentido comparto la última reflexión efectuada por MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN referida a que la ausencia del elemento subjetivo de justificación convierte la conducta en antijurídica por cuanto supone un desvalor de acción, pero no de resultado.⁶⁴² En mi opinión el elemento subjetivo de justificación referido a la eximente que estudiamos es un requisito principal y su ausencia debe llevar consigo la inaplicación de la eximente al faltar uno de los elementos esenciales de las causas de justificación. Esta circunstancia cobra especial importancia en el cumplimiento de un deber por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puesto que éstos deben conocer que se ha producido un hecho que exige su actuación, y dirigir esta actuación con la voluntad de dicho conocimiento. Exigir un ánimo que vaya más allá de este conocimiento y voluntad conforme a los parámetros del dolo creo que daría lugar a la inaplicación de la eximente en numerosas ocasiones y si consideramos que esta motivación última del sujeto no es esencial y por tanto su ausencia, según dicha tesis, daría lugar al castigo del delito consumado, no entiendo justificada su presencia o consideración. Creo la facultad que el Estado deposita en los agentes de la Ley de poder utilizar la coacción o la violencia para cumplir la misión y las enormes posibilidades de que, a resultas de estas actuaciones, se vean lesionados los derechos y libertades de los ciudadanos hace que deban efectuarlas con exigencia de que su actuación está motivada por unos hechos objetivos que conocen previamente como supuesto de hecho de la causa de justificación y además que dicho elemento sea esencial, con lo que su ausencia provocaría la inaplicación de la eximente por cuanto la actuación del agente se basaría en un desvalor de acción y por

⁶⁴² Sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación vid., “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación (I)”, en *Libro homenaje al Profesor Marino Barbero Santos*. Editorial Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca. Cuenca, 2001, pp. 1179-1206.

tanto no se eliminaría la antijuridicidad, si bien ésta quedaría neutralizada ya que no habría ningún desvalor de resultado, y por tanto, desde una concepción mixta de la antijuridicidad y asimismo de las causas de justificación se habría de castigar a dicho agente por el delito cometido en grado de tentativa como ya hemos apuntado anteriormente, que además supone una de las posibilidades que contempla el artículo 16 CP.⁶⁴³

LUZÓN CUESTA señala entre los requisitos que haya “*voluntad de actuar para cumplir con el deber. Estamos ante lo que Sáinz Cantero llama elemento subjetivo de la justificación, que es exigido por nuestro Tribunal Supremo, que excluye la eximente si el sujeto obró por móviles privados, por hallarse enojado o irritado, por un estado de honda enemistad o por móviles bastardos.*”⁶⁴⁴

Esta afirmación nos permite conectar directamente con la posición jurisprudencial sobre este asunto, ya que si defendemos que el conocimiento y voluntad de los presupuestos objetivos de justificación constituyen el elemento subjetivo de la eximente, actuar sin este conocimiento, por otros motivos, como venganza, particulares, etc, aun llegando a un resultado favorable debe ser castigado como tentativa por cuanto se produce un desvalor de acción reprochable por el Derecho penal.

La jurisprudencia, con ocasión de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se ha pronunciado expresamente en muy pocas ocasiones, si bien con respecto a otras como la legítima defensa mantiene una línea consolidada y así exige el «animus defensionis» como elemento subjetivo que se desprende de la expresión «obrar en defensa» prevista en el artículo 20.4^a CP, y por tanto no aplica la eximente ni siquiera como incompleta si dicha exigencia está ausente, aunque hay que tener en cuenta que en estos casos el

⁶⁴³ Sobre esta posibilidad vid. el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2012, que establece: “*El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico*”.

⁶⁴⁴ LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 95.

TS se refiere a los supuestos en los que tampoco concurren los presupuestos objetivos de dicha figura.⁶⁴⁵ En este sentido podemos pensar en el caso del sujeto (A) que dispara a otro (B) con ánimo de vengarse, cuando la pelea ya ha terminado, en el que se castigaría por el delito consumado sin aplicación de la eximente de legítima defensa. En cambio, otro supuesto diferente comprendería el caso en el que no concurre el elemento subjetivo pero sí que están presentes los presupuestos objetivos de justificación, como en el caso un agente de policía que detiene a una persona por motivos particulares y durante la situación de privación de libertad descubre que esta persona está reclamada por la justicia. Finalmente el resultado ha sido beneficioso para el Derecho neutralizándose así el desvalor de resultado exigido para poder ser antijurídico, pero la acción sigue adoleciendo de ilicitud y por ello, tal y como ya hemos visto, debería castigarse el delito en grado de tentativa. Pero no porque se considere una tentativa sino porque la forma de producirse la conducta se asimila a la estructura que esta sigue: intención de cometer la acción sin obtener un resultado lesivo.

Con respecto a este razonamiento, puede citarse la STS de 5 de marzo de 1993, referida al supuesto de unos agentes de policía que detienen a una persona que estaba alterando el orden en un bar y después de proceder a su detención con mucha resistencia por su parte, y encontrándose tumbado en la parte posterior del vehículo oficial, donde le sobresalían las piernas del coche, uno de los agentes, sabiendo que con esa acción iba a lesionar al detenido cerró la puerta del vehículo en repetidas ocasiones impactando contra las piernas y causando lesiones de gravedad. La Audiencia Provincial de Ciudad Real condenó a los agentes por un delito de lesiones. El Tribunal Supremo confirma dicha sentencia con los siguientes argumentos:

“La posición que ocupaba en el mismo, con la cabeza hacia la puerta trasera derecha y las piernas sobresaliendo por la puerta izquierda, no la adoptaba voluntariamente sino que le era impuesta por los Agentes que lo dominaban. Está claro que en tales condiciones no podía cerrarse la puerta, pero también que había otros medios para introducir totalmente en el vehículo al detenido o para recoger sus piernas. El acto de cerrar con fuerza la puerta, con la

⁶⁴⁵ Pueden verse entre otras muchas las SSTS de 22 de octubre de 1990; 2 de abril de 1990 y 22 de febrero de 1986.

*consciencia de que tal operación aprisionaba las piernas de la víctima, y repetir tal acción violenta varias veces, pese a las quejas de aquélla y sus voces de - que me troncháis las piernas-, **no podía obedecer a ningún propósito de cumplir el deber de detenerla, función ya consumada, sino que respondía a otros móviles, ya de retorsión ya de castigo por la conducta que previamente había adoptado el finalmente lesionado, acciones y móviles ajenos a la función que hacen desaparecer cualquier efecto, no ya legítimamente, sino incluso atenuante que de su ejercicio pudiera derivarse, pues el acto, ni desde un punto de vista abstracto ni desde el de la valoración concreta del momento en que se ejecutó, era necesario o procedente**". (La negrita es añadida).*

En esta resolución, donde se ha resaltado en negrita la alusión que hace el TS a los motivos ajenos a la función policial, puede apreciarse que exige el ánimo de cumplir el deber, si bien, no basa la inaplicación de la eximente ni como completa ni como incompleta en este motivo sino en el de no concurrir la necesidad abstracta ni concreta de la violencia.

Más concretamente, la STS de 13 de mayo de 1982, que enjuicia la actuación de un agente policial y que al pronunciarse sobre la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber exige que aquél haya actuado:

"por exigencias de lo ordenado legalmente"

En el mismo sentido la STS 891/2008, de 11 de diciembre (caso Roquetas), ya citada, es mucho más explícita al distinguir el elemento subjetivo del tipo del elemento subjetivo de justificación, refiriéndose a ello en los siguientes términos:

*"El tipo subjetivo no aflora en todo el relato probatorio, porque una cosa es actuar en cumplimiento de la ley para reducir a un sujeto y otra las extralimitaciones que puedan haber surgido en el desarrollo secuencial de esa misión(...) La argumentación del motivo confunde los problemas de la justificación con los de la tipicidad del hecho, puesto que **la suposición de la necesidad de inmovilizar al sujeto pasivo es, en todo caso, un elemento subjetivo del ejercicio de una causa de justificación, ajeno al dolo del tipo y cuya concurrencia se rige por el art. 14.3. CP. De acuerdo con esta disposición legal, la suposición de actuar amparado por una causa de justificación no excluye el dolo y sólo puede determinar, en su caso, una atenuación de la pena. Dicho con otras palabras: la conciencia de la antijuricidad no es elemento del dolo**". (La negrita es añadida).*

2.8.- El denominado «examen conforme a deber» del funcionario público como posible elemento subjetivo añadido de la eximente.

Como ha señalado SANZ MORÁN, el significado del «examen conforme a deber» sería el de un elemento subjetivo adicional que exigiría *“que el autor examine cuidadosamente la posible presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación que venga en consideración, para que ésta pueda desplegar su eficacia (...) Dados los presupuestos objetivos de justificación, la conducta sólo estará justificada si el sujeto ha examinado a conciencia la eventual existencia de aquéllos”*.⁶⁴⁶

Como puede apreciarse, esta cuestión está íntimamente ligada a la referida en el apartado anterior por cuanto una de las principales discusiones doctrinales acerca del previo «examen conforme a deber» es si se le debe considerar como un elemento subjetivo de justificación añadido junto al que acabamos de analizar. En este sentido puede ser de aplicación la exposición que acabamos de efectuar en el epígrafe anterior en cuanto a las consecuencias jurídicas de su inexistencia en el caso de que se opte por su consideración como elemento subjetivo.

En relación con la eximente objeto de estudio, SÁNCHEZ GARCÍA ha definido el «examen conforme a deber» como la exigencia de *“que el autor haya examinado cuidadosa, prudentemente, la presencia de los presupuestos objetivos de justificación”*.

Respecto a este asunto se pueden plantear, entre otros, dos problemas fundamentales. El primero de ellos es si el análisis efectuado con carácter previo y de forma exigente por parte del agente otorga eficacia justificante a la conducta que posteriormente se resuelve con un resultado diferente al valorado

⁶⁴⁶ SANZ MORÁN, A. J. *Los elementos subjetivos de justificación... Opus cit.*, p. 45. Este autor cita el punto de partida de este debate a partir de la línea jurisprudencial mantenida en Alemania por el *Reichsgericht*, en la que se sitúa como resolución representativa la sentencia *RG 62, 137*, donde el Tribunal rechaza la justificación, por estado de necesidad, a un médico que en base a un examen descuidado (superficial) de la mujer, llega sin embargo, al resultado objetivamente correcto, al que hubiera llegado con un examen más profundo, de peligro para la madre, y practicándole el aborto.

inicialmente, y en segundo lugar, como ya hemos dicho, si el examen conforme a deber se erige como elemento subjetivo añadido de las causas de justificación, y por tanto, si su ausencia impediría la aplicación de la eximente pese a cumplirse los elementos objetivos y pese a cumplirse también el elemento subjetivo genérico (por así decir), consistente en la voluntad del sujeto de obrar conforme a deber. De ambas cuestiones se ha ocupado la doctrina como veremos seguidamente.

Referido al primer aspecto, la consideración de que un correcto análisis de los presupuestos objetivos y la ponderación de las circunstancias efectuados *ex ante* por el agente conduce automáticamente a justificar el resultado aunque dicha valoración *ex post* se revele inadecuada (esto es, *ex post* no concurren realmente los presupuesto objetivos), es lo que algunos autores han denominado «privilegio estatal del error».⁶⁴⁷

En este mismo sentido, defender la tesis del examen conforme a deber supone que *“efectuado por el autor un examen prudente de la situación, la justificación se produce en todo caso; y, por el contrario, de no tener lugar este examen, aún concurriendo la situación objetiva de justificación, la conducta permanece antijurídica.”*⁶⁴⁸

Para sustentar sus posturas, los diferentes autores suelen apoyarse en la redacción contenida en el artículo 491 de la LeCrim que establece una posible consecuencia derivada de las causas de detención por parte de los particulares y la redacción del artículo 492 de la misma norma que establece

⁶⁴⁷ Se han referido a esta cuestión en estos mismos términos COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 448-449; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 282; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”...*Opus cit.*, p. 1025; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal I. Parte General...Opus cit.*, p. 45; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 95; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 111.

⁶⁴⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit*, p. 145.

dicha actuación como obligatoria a los componentes de Policía Judicial.⁶⁴⁹ Así, si nos fijamos en la redacción del artículo 492.4º, éste permite que el agente que tiene motivos “*racionalmente suficientes*” para creer que la persona ha cometido un delito disponga de cobertura legal para proceder a su detención, y por tanto pueda lesionar de forma legítima su derecho constitucional a la libertad, aunque posteriormente se compruebe que dicha sospecha de comisión delictiva no era adecuada y realmente el sujeto detenido no había cometido el delito. Así, pese a haberse equivocado en su valoración, el agente no sería inculcado por un delito de detención ilegal, si el examen ha sido cuidadoso y prudente.

Sobre este asunto, la mayor parte de la doctrina rechaza esta postura al entender que lo que se ha producido es una errónea interpretación jurisprudencial que equipara el tratamiento de la concurrencia real y putativa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, y en realidad la única posibilidad de justificar la conducta en estos casos pasa por una creencia errónea invencible por parte del agente policial de que se dan todos los presupuestos objetivos de justificación.⁶⁵⁰ Además, según han señalado algunos autores, la defensa de este examen como elemento subjetivo supondría que “*presente éste se excluye la pena aun faltando las bases objetivas de la justificación, no porque la acción sea conforme a Derecho, sino porque la acción antijurídica no es jurídicamente-penalmente reprochable*” lo que parece un contrasentido por cuanto se da preferencia al examen efectuado por el sujeto que a la existencia de presupuestos fácticos de justificación, y esto

⁶⁴⁹ El artículo 491 de la LeCrim establece que: “*El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior*”. Por su parte el tenor literal del apartado 4º del artículo 492 de la LeCrim obliga a la Autoridad o agente de Policía Judicial a detener “*al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª. Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él*”.

⁶⁵⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 151; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*...*Opus cit.*, pp. 149-151; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*...*Opus cit.*, p. 536.

conduciría a considerar, en el caso de la admisión errónea de la situación de justificación por haber efectuado este examen de forma incorrecta, a concluir que se ha producido un delito imprudente, pero en cambio, al faltar dicho elemento, se castiga como doloso, lo que supone una línea dogmática contraria al carácter fragmentario del Derecho Penal y al principio de legalidad penal.⁶⁵¹

En este punto, comparto la tesis de PORTILLA CONTRERAS, al señalar que *“no debería confundirse entre la exigencia del examen conforme a deber que debe realizar todo funcionario, como elemento que se evalúa a efectos generales en el seno del error sobre los presupuestos de la causa de justificación, con el examen conforme a deber como elemento subjetivo de justificación. Tal principio solo adquiere su verdadero significado, en la determinación del alcance del error, en el juicio de valor realizado por el funcionario en torno a los motivos suficientes de criminalidad, y no como requisito subjetivo de la causa de justificación, capaz de legitimar por sí el hecho”*.⁶⁵² Esto supone afirmar que se aplicará la eximente al agente policial si se comprueba que su valoración de las circunstancias objetivas correspondientes al hecho ha sido *“la exigible a un hombre prudente y de buena fe en la situación concreta”*⁶⁵³, que ha actuado motivado por un error invencible.⁶⁵⁴ Así se ha manifestado también CEREZO MIR al señalar que *“de lo contrario, a pesar de darse dicho conocimiento y ánimo, habría que negar la apreciación de la causa de justificación si el conocimiento había sido adquirido a la ligera, sin haber llevado a cabo un examen conforme a deber”*.⁶⁵⁵

Sobre este primer aspecto del debate, también es interesante resaltar la reflexión que realiza OLMEDO en la que se pregunta si podrían entenderse justificadas y debidas las lesiones o incluso la muerte del sujeto sospechoso

⁶⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 150-151.

⁶⁵² PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”... *Opus cit.*, pp. 151-152.

⁶⁵³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 150.

⁶⁵⁴ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 538.

⁶⁵⁵ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 200.

que, finalmente, no resulta ser el autor del delito tal y como creía el agente tras el diligente examen realizado.⁶⁵⁶ En este caso, otorgan al examen conforme a deber con eficacia justificante, supondría la impunidad automática del agente, lo que confronta con la defensa de las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos que proclama la Constitución Española.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 80/2007, de 9 de febrero, a propósito de un agente de policía que observa como dos personas abordan al conductor de un vehículo propinándole golpes, y cree que se trata de un intento de secuestro por parte de un grupo terrorista, dando el alto a los asaltantes y dirigiéndose hacia el lugar con el arma montada en la mano, produciéndose un forcejeo lo que provocó que el arma se disparara e impactara contra el agresor, provocándole la muerte. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa condenó al policía como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave y profesional. La defensa del condenado alega error invencible por creer que se trataba de un terrorista, que luego se confirmó que no era así, y que se le aplique la eximente contenida en el art. 20.7 CP. El Tribunal Supremo no aprecia estos aspectos y confirma la sentencia alegando lo siguiente:

“tampoco se corresponde con la descripción de los Hechos Probados, la pretensión del recurrente en orden a que se declare la concurrencia de un error, del artículo 14.1 del Código Penal, en relación con el 20.7º del mismo Cuerpo legal, por haber efectuado el disparo en la creencia, luego comprobado que errónea, de que su actuar era correcto y acorde con el cumplimiento de sus deberes policiales por enfrentarse a un supuesto terrorista que, instantes antes, había intentado secuestrar al ciudadano al que agredía. Un tal planteamiento, sorprendentemente, habría de partir del reconocimiento por parte de Juan Francisco, de que el disparo fue plenamente intencionado, lo que, como hemos visto, ni se afirma rotundamente en los Hechos declarados probados, ni se corresponde con la motivación contenida en la Resolución de instancia, ni fue objeto, como tal, de acusación ni, en definitiva, parece propio de las pretensiones de la Defensa. Máxime cuando la conclusión punitiva que se alcanzaría por esa vía, es decir, con la calificación de la conducta de Juan Francisco como Homicidio doloso, si bien con la concurrencia de una eximente putativa de ejercicio de profesión o cargo, que reconduciría al régimen legal del error de tipo vencible, contemplado en el artículo 14 del Código, sería, como sabemos, la misma que la correspondiente a la estimación del Homicidio imprudente”.

⁶⁵⁶ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 538. En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 101.

Puede apreciarse que esta resolución opta por aplicar la imprudencia ante la falta de cuidado por los motivos expresados en los hechos probados que señalan que:

“mantenía el arma en su mano derecha sin seguro, en contacto con el cuerpo de la víctima, olvidando con ello las más elementales precauciones que hubieran sido exigibles en una situación similar y quebrantando las reglas propias de su quehacer profesional, accionó el gatillo”.

En este sentido hay que diferenciar los supuestos en los que la valoración o juicio *ex ante* es poco cuidadoso o inexistente, lo que nos situaría fuera del debate acerca del deber de examen, y por otro, los casos en los que el agente sí realiza un examen cuidadoso (conforme a deber), si bien posteriormente se comprueba que no concurrían los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Para los defensores de esta postura –la consideración del examen conforme a deber como elemento subjetivo añadido de la causa de justificación, tal y como veremos a continuación- la conducta quedaría justificada aplicando la eximente prevista en el artículo 20.7^a CP, mientras que para otros se deberían aplicar las reglas del error, que por otro lado es la postura que sigue el TS como estamos viendo.

Así, en esta última resolución analizada, el propio Tribunal Supremo alude a que si se considerara que el disparo fuera doloso y se aplicaran las reglas del error vencible, el resultado punitivo sería el mismo, con lo que podemos comprobar que ante una inadecuada valoración *ex ante* de los presupuestos objetivos, el Alto Tribunal se inclina por aplicar o la imprudencia o el error, como estamos viendo en este epígrafe y consideramos la postura más correcta.

En atención a la segunda problemática planteada, hay que decir que la mayoría de la doctrina se muestra en contra de considerar la figura del examen conforme a deber como un elemento subjetivo añadido de justificación,⁶⁵⁷ si

⁶⁵⁷ SANZ MORÁN, A.J. *Los elementos subjetivos de justificación... Opus cit.*, p. 48; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)... Opus cit.*, p. 115; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 200; PORTILLA CONTRERAS, G.,

bien algunos autores lo sitúan de esta forma con un peso específico en la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber por los agentes policiales.⁶⁵⁸

Así, entre los partidarios de la primera postura, pueden citarse a modo de ejemplo a CERZO MIR, que ha señalado que “no es preciso este supuesto elemento subjetivo (en realidad no es tal), sino que basta con que el sujeto conozca las circunstancias que justifican legalmente su intervención”.⁶⁵⁹

En la línea contraria se sitúa CARBONELL MATEU, que si bien niega la existencia con carácter general de elementos subjetivos en las causas de justificación, como hemos visto en el epígrafe anterior, otorga una importancia decisiva al examen conforme a deber, aludiendo a que la existencia de un previo examen conforme a deber por quien ejerce el cargo supone que la ponderación de intereses debería adelantarse al momento en el que la conducta del agente tiene lugar, es decir, justo en el momento en que toma la decisión de actuar, y que puede suponer lesionar o poner en peligro un bien jurídico de esta persona. A esta idea fundamental, añade este autor algunos aspectos destacables. En primer lugar que dicho adelanto del juicio de ponderación no siempre es posible, y que si posteriormente resulta inadecuado supone un ataque al Derecho, que no quería que dicha conducta se llevara a cabo. Por último que esta ponderación previa ofrece seguridad jurídica al sujeto que la realiza que debe saber si su conducta va a estar justificada o no.⁶⁶⁰

“El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 151; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...**Opus cit.*, p. 282; CALDERÓN CERZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (Coordinadores). *Código Penal comentado...**Opus cit.*, p. 45; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...**Opus cit.*, p. 95; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. *Curso de Derecho Penal. Parte General...**Opus cit.*, p. 111;

⁶⁵⁸ CARBONELL MATEU, J.C. *La justificación penal. Fundamentos, naturaleza y fuentes...**Opus cit.*, pp. 91 y ss y 165 y ss, en “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 190 y ss y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”...*Opus cit.*, p. 1025; COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...**Opus cit.*, p. 370; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español...**Opus cit.*, p. 251.

⁶⁵⁹ CERZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...**Opus cit.*, p. 200.

⁶⁶⁰ CARBONELL MATEU, J.C. *La justificación penal. Fundamentos, naturaleza y fuentes...**Opus cit.*, pp. 157-158, en “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador).

A este respecto, quisiera llamar la atención sobre varias cuestiones. En primer lugar, este autor opina que el fundamento del examen conforme a deber no es el privilegio estatal del error como ha señalado buena parte de la doctrina, tal y como hemos visto, sino el principio de ponderación de intereses. Esto supone enfrentar y hacer prevalecer *“el funcionamiento del aparato judicial-policial –que se vería anquilosado si se adoptara otra solución- sobre la libertad personal del sujeto sospechoso, aunque inocente, en aquel concreto momento, y a quien el ordenamiento está imponiendo el deber de someterse a la acción policial”*,⁶⁶¹ lo que supone a mi juicio, como he advertido unas líneas más arriba, ir en contra el sistema de garantías del ciudadano tal y como proclama nuestra Carta Magna; pero más aún, considero que supone una contradicción al mismo tiempo con la exigencia del examen conforme a deber como elemento subjetivo, ya que este deber supone un plus de cuidado por parte del agente –y por tanto del aparato del Estado- que de no ser correcto se saldaría con la condena del agente. Así, por un lado el examen conforme a deber supone reforzar al extremo las garantías del ciudadano pero por otro, también supone una carga, debido a que se otorga valor justificante al examen conforme a deber aunque se compruebe posteriormente que no concurren los presupuestos objetivos. En segundo lugar, comparto la idea propuesta por CARBONELL de que el juicio de ponderación –entendido como ejercicio del principio de proporcionalidad- debe adelantarse al momento de la toma de decisión de actuar por parte del agente, pero en el sentido ya expuesto y propuesto por PORTILLA de carácter general que debe presidir la actuación policial. Entiendo que este juicio de ponderación *ex ante* deber producirse en el seno de la valoración que de la necesidad de la violencia en abstracto, el agente de policía debe realizar para determinar conforme a criterios del hombre medio si es congruente dicha actuación o no.⁶⁶² De esta forma, el agente

Comentarios al Código Penal de 1995, p. 190 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”... *Opus cit.*, p. 1025.

⁶⁶¹ CARBONELL MATEU, J.C., en “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 192.

⁶⁶² Esta es la postura que parecen mantener ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 395, cuando señalan que uno de los requisitos que deben concurrir para la aplicación de la eximente es *“que sea necesario el uso de la violencia (**necesidad en abstracto**), es decir, que sin el empleo de violencia no le hubiera sido posible cumplir con la obligación de su cargo (**precisa de un juicio ex ante de ponderación**)”*. El resaltado en negrita no está en el original.

iniciará su actuación con base en criterios objetivos que le permitan decidir si es necesaria la actuación atendiendo al conflicto de intereses en juego y si para ello es necesaria la violencia, aportando así seguridad y garantías en la actuación tanto para el agente como para el ciudadano y que lógicamente deben efectuarse con carácter previo a dicha actuación. Pero esto no significa que dicha valoración se eleve al rango de elemento subjetivo ya que, en este caso, de no existir por resultar materialmente imposible, o por ser menos cuidadosa, el cuidadoso examen de la situación, daría lugar a la condena automática del agente, y no se podrían aplicar las reglas de la imprudencia o del error vencible o invencible, de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

Ello no obstante, esta valoración genérica no se opone a la consideración de que, como han señalado algunos autores, *“existe un interés prevalente en que, con carácter general, se lleven a cabo conductas análogas a la realizada, pues sólo así puede garantizarse el funcionamiento correcto de determinados aparatos estatales (en nuestro ejemplo, el policial y de justicia). El interés general en la correcta administración de justicia requiere justificar la detención realizada sobre una sospecha racional aunque luego ésta se demuestre falta, y ello prevalece sobre el interés del individuo afectado.”*⁶⁶³

Del mismo modo, GÓMEZ BENÍTEZ llega a la conclusión de que el examen conforme a deber *“o bien confluye en el conocimiento de la conformidad a derecho, en cuyo caso es perfectamente inútil en el plano del injusto, o bien es expresión de la exigencia de observancia del deber objetivo de cuidado, lo que convierte su exigencia específica en perfectamente innecesaria”*⁶⁶⁴

Esta línea es la que sigue la jurisprudencia, como puede apreciarse por ejemplo en la STS 670/1998, de 14 de mayo, de cuya argumentación puede extraerse la alusión de forma genérica a la valoración genérica de la situación con carácter previo a la actuación del agente:

⁶⁶³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. “La antijuridicidad (III). La justificación”...*Opus cit.* p. 29.

⁶⁶⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*...*Opus cit.*, p. 291.

*“Tampoco cabe duda de que la actuación policial, en este caso concreto, debe responder a los principios de **necesariedad y proporcionalidad**. Es así pues que si el uso de la fuerza no era necesario para la defensa del orden jurídico, de la seguridad ciudadana, o incluso para prevenir el delito, entonces la actuación queda fuera de la protección legal, queda «extramuros» de la exigente del cumplimiento o ejercicio del deber. El ejercicio correcto de los Agentes implica la mayor **garantización** del Derecho dentro del ámbito de lo que son «intereses ajenos a defender», garantía ya fuera de lugar si falta aquella **necesariedad**. Tal necesidad puede ser, para aquilatar más el concepto, **abstracta o cualitativa y concreta o cuantitativa**. La abstracta, «ex ante», se corresponde con la teoría jurídica antes de producirse el supuesto concreto, es decir hasta que se toma la decisión de actuar por necesidad. Cuando el Agente cree que ha de actuar conforme a su deber. Es el juicio **sereno y reflexivo, cuidadoso y legal**, al que se refería la Sentencia de 16 mayo 1983 (RJ 1983\2710) con objeto de que la defensa del orden jurídico se alcance con el menor daño posible a personas o cosas. Es, también, la **congruencia** y la **oportunidad**, también obviamente la proporcionalidad, con que se ha de proceder al utilizar el Agente los medios a su alcance, según igualmente dispone el artículo 5.2 de la Ley Orgánica antes citada. Otra cosa es la necesidad concreta «ex post» en la que, **durante la ejecución del deber**, se produce una manifiesta **inadecuación** de los medios utilizados **por resultar cuantitativamente excesiva la violencia utilizada en la defensa del orden jurídico**, lo que incidiría en la exigente incompleta, precisamente el supuesto de ahora (ver las Sentencias de 24 julio 1989 [RJ 1989\6276] y 2 julio 1987 [RJ 1987\5150])”.⁶⁶⁵ (La negrita es añadida).*

Más concreta es la STS 1137/2009, de 22 de octubre, que referida a la actuación de unos policías que tras intensas comprobaciones previas sobre la identidad de un sicario colombiano al que debían detener, llegan a la certeza de que esta persona conducía una motocicleta, activándose el operativo para su captura donde algunos agentes conduciendo un vehículo le cortan el paso con lo que el sujeto cae de la motocicleta y se golpea contra el suelo. Una vez en este estado, proceden a su detención propinándole numerosos golpes. Una vez identificado resulta que esta persona no era el peligroso delincuente al que debían detener, pero cumpliendo la orden de un superior jerárquico, condujeron obligado a este individuo al hospital, por lo que se discute en este punto sobre la existencia de un delito de detención ilegal. En este caso la Audiencia Provincial de Madrid condena a los agentes por las lesiones ocasionadas y por un delito de detención ilegal aplicando la exigente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber. El Tribunal Supremo anula la Sentencia y condena a cada uno de los policías por una falta de lesiones correspondiente a los golpes

⁶⁶⁵ Idéntica argumentación puede verse en la STS de 16 de mayo de 1983.

propinados cuando ya estaba detenido, y absolviéndoles del delito de detención ilegal. En relación al delito de lesiones señala el Alto Tribunal que:

“la inmovilización de Moisés -- aportando objetiva y causalmente actos cuya suma constituye un exceso injustificado e injustificable en la actuación policial, aún partiendo del error de que creían que se trataba de un sicario colombiano. En conclusión y por lo que se refiere al delito de lesiones , el motivo debe ser parcialmente estimado en el sentido de estimar a los tres recurrentes autores de una falta de lesiones dolosas del art. 617-1º , con las consiguientes derivaciones penales, todo lo cual se determinará en la segunda sentencia”.

Puede apreciarse que en este supuesto enjuiciado el Tribunal Supremo opta por considerar que la valoración previa y cuidadosa que realiza el agente sobre los presupuestos objetivos de justificación que finalmente no concurren, deben resolverse bien por las reglas de error o bien considerando que los indicios que dan lugar a la detención son apreciados como presupuesto objetivo de justificación. Se está analizando en esta resolución un supuesto en el que sí que se produce un examen cuidadoso conforme a deber *ex ante*, sin que concurren los elementos objetivos de justificación, y por tanto, surge así un problema de error tal y como se hace.

Por último, y a raíz de esta cuestión, surge también la duda de si un examen poco exigente en la valoración del riesgo que provoca la actuación del agente pero que se salda con un resultado favorable por haber concurrido los elementos objetivos y el elemento subjetivo genérico de justificación, también sería un supuesto de aplicación de la eximente. Entiendo que la solución correcta ante un supuesto con estos requisitos debe resolverse con la justificación de la conducta, puesto que, como venimos defendiendo, no se trata de un elemento subjetivo añadido de justificación.

En cualquier caso, el delito se castigaría como consumado si se comprueba que el agente sabía o al menos preveía y asumía como probable, que no había razones para efectuar dicha acción.

De lo dicho hasta aquí, y tal como ya he adelantado, rechazamos que el examen conforme a deber sea causa automática de justificación y que se

configure como un elemento subjetivo de justificación adicional al que ya hemos analizado en el epígrafe anterior y que hemos defendido. Razones de política criminal, puesto que iría en contra de los intereses de los ciudadanos y al tiempo resultaría una pesada carga para la ya difícil función policial, hacen inviable esta postura. En cambio, defendemos una valoración *ex ante* de los presupuestos objetivos para adecuar la actuación a la situación que se plantea y la exigencia del elemento subjetivo genérico de querer actuar conforme a deber, todo lo cual a nuestro juicio ofrece seguridad jurídica, eficacia, y tranquilidad al ciudadano y al agente policial.

3.- Cumplimiento de un deber como eximente incompleta.

Aunque hayamos visto que la regulación legal del precepto que ahora estudiamos no contiene unos requisitos definidos en el Código Penal, ello no es óbice para que la falta de alguno de los consensuados por la doctrina y jurisprudencia haga que la eximente no pueda ser estimada y pase a integrarse en una eximente incompleta, es decir, en una atenuante cualificada. Esta conclusión ya la venía apuntando CÓRDOBA RODA⁶⁶⁶, y posteriormente PORTILLA CONTRERAS, al señalar este último que *“si la extralimitación del funcionario se hace en relación, no ya a la necesidad de violencia sino respecto a la adecuación o proporcionalidad en concreto, excediéndose en el medio empleado, cabría entonces la apreciación de la eximente incompleta, dada su condición de elemento accidental”*.⁶⁶⁷

Obviamente la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber se aplicará en el caso de que concurren todos sus requisitos. El problema se plantea cuando falta alguno de ellos, lo que *a priori* determinará que no se aplique la eximente al estar ausente uno de sus elementos, y seguir presente por tanto la antijuridicidad, que no ha sido neutralizada, debiendo distinguirse en este punto si el elemento que está ausente es esencial o accesorio. En el

⁶⁶⁶ CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 371 y ss.

⁶⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”... *Opus cit.*, pp. 153-154.

primer caso, como acabamos de decir, no podrá aplicarse la eximente, pero si el requisito que no se cumple es accesorio, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, como ya vimos, entiende que podrá aplicarse la eximente como incompleta.⁶⁶⁸ Cuando el requisito de la causa de justificación que falta es un elemento esencial, algunos autores han calificado dicha ausencia como *exceso extensivo*, y si el ausente es accesorio o secundario, se ha calificado como *exceso intensivo*.⁶⁶⁹

Para SÁNCHEZ GARCÍA, en efecto, en el *exceso extensivo*, “se trataría de hipótesis en las cuales, en conexión con una situación básica de justificación realmente presente –una agresión ilegítima, una situación de necesidad, una situación habilitante del ejercicio del cargo público, etc- se desborda un límite fundamental de la causa de justificación”.⁶⁷⁰ En este sentido, si el límite que se traspasa es accesorio, obtendríamos el significado de *exceso intensivo*.

Las consecuencias del *exceso extensivo* (falta del requisito esencial) no presentan mayor problema de determinación, ya que al faltar un elemento principal de la causa de justificación no podrá aplicarse la eximente y por tanto el agente deberá ser castigado por el hecho cometido, bien a título doloso o bien a título de imprudencia; si bien, en este último caso, habrá que matizar cómo se articula la posible sanción. En cambio, si el criterio ausente es de los que se ha considerado como accesorio, secundario o accidental (*exceso intensivo*), las consecuencias de que falte dicho elemento podrá ser –aunque es posible que sea así como veremos-, la de no aplicar la causa de justificación completa pero sí la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1 CP en concordancia con el contenido del artículo 68 CP, que determina la rebaja de la

⁶⁶⁸ Aunque como ya expusimos, algunos autores consideran, con razón, que esta ausencia no implica de forma automática la aplicación de la eximente incompleta sino que habrá que analizar el supuesto concreto. Véase sobre ello este mismo Capítulo, epígrafe 2.2.3.

⁶⁶⁹ Así lo han definido por ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 151 y ss. Esta autora utiliza los términos tal y como lo hace la doctrina alemana como ella misma refiere en p. 152, cita nº 2, y OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 560 y ss.

⁶⁷⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 160.

pena por parte de los jueces y tribunales en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, pudiéndose aplicar paralelamente las circunstancias agravante o atenuantes genéricas que puedan concurrir en el supuesto concreto.

Es importante señalar, como insistentemente lo hace SÁNCHEZ GARCÍA, que no se incluyen aquí situaciones de error, por cuanto los excesos extensivos e intensivos se proyectan sobre situaciones que existen en la realidad, y en cambio los supuestos de error solo existen en la creencia del sujeto, no en la realidad.⁶⁷¹ No obstante, es evidente que entre ambas instituciones jurídicas se producen conexiones.⁶⁷²

Por nuestra parte, trataremos los supuestos de error de forma independiente en un epígrafe posterior, sin perjuicio de efectuar las referencias oportunas.

3.1.- Ausencia de elementos esenciales (exceso extensivo):

Integrando los diferentes requisitos que hemos analizado a lo largo de este capítulo, y teniendo en cuenta el carácter de principal o accesorio que les hemos otorgado, de acuerdo con el planteamiento que acabamos de exponer podemos llegar a la conclusión de que únicamente en el caso de que falten los requisitos de proporcionalidad (entendida como ponderación de intereses) o de necesidad en concreto podría aplicarse la eximente incompleta al haberse producido un *exceso intensivo*.⁶⁷³ Así, la ausencia del resto de requisitos daría

⁶⁷¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit*, pp. 152, 161, 162.

⁶⁷² CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 375 y ss., incluye los casos de error en los supuestos de aplicación de la violencia en el ejercicio del cargo por culpa o negligencia junto al análisis de los supuestos de excesos dolosos.

⁶⁷³ También consideran accesorios estos dos requisitos y por tanto la posible aplicación de la eximente incompleta en tales casos SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit*, p. 165.

lugar a un *exceso extensivo* y, por tanto, el castigo del agente a título de dolo o imprudencia.

A continuación vamos a plantear la problemática que presenta la ausencia de los elementos esenciales de las causas de justificación, y tratar de llegar a una conclusión satisfactoria sobre el particular.

a) Castigo a título de dolo:

En este grupo de supuestos lo que ocurre es que falta un elemento esencial de justificación con pleno conocimiento del sujeto que actúa. Así podemos hablar de que el agente conoce que no posee la habilitación legal para actuar, lo hace intencionadamente por motivos ajenos a la función policial, o bien utiliza la violencia conscientemente de que es innecesaria.

Como primer asunto a tratar, si lo que falta es la **habilitación legal** del sujeto para poder actuar, obviamente toda su actuación será ilegítima, al discurrir por cauces no permitidos legalmente, y por tanto incapaz de albergar la eximente que estudiamos. En este caso, puede ocurrir que dicho requisito esté ausente, o bien, que el sujeto actúe fuera de los límites de dicha habilitación. Como ejemplo del primer caso (ausencia total de habilitación), podemos pensar en la actuación del vigilante de seguridad que procede al interrogatorio de un detenido, mientras que supondría superar los límites permitidos el hecho de que un miembro de las FCS mantenga detenido en dependencias policiales a un detenido por un plazo superior al permitido o bien sin tener en cuenta las garantías constitucionales de toda persona privada de libertad. La importancia de este requisito puede apreciarse en la STS 2135/1994, de 7 de noviembre, en la que se alude a esta cuestión (que resaltamos en negrita) en los siguientes términos:

*“Condición absolutamente precisa para poder apreciar la eximente es la legitimidad de la acción, de tal modo que **no es aplicable la eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresas** (Sentencia de 2 julio 1992). Por ello, para que pueda aceptarse esta eximente en el caso de quien usa armas o fuerza, se precisa, en primer lugar, que posea condición de autoridad o agente*

de la misma y **que actúe en el ejercicio de las funciones públicas** que le están, como tal autoridad o agente, **encomendadas**".

En segundo lugar, si el elemento que está ausente es el **ejercicio efectivo del cargo**, también sería inaplicable la eximente. Son ejemplos de este caso las actuaciones que el agente pudiera realizar por motivos particulares, ya que evidentemente en estos casos se actúa extramuros de la función pública. Piénsese por ejemplo en el supuesto del agente policial, que incluso estando de uniforme y de servicio, se da cuenta de que un conocido, con el que mantiene una disputa vecinal desde hace años, se encuentra circulando con su vehículo, aprovechando esta circunstancia para identificarlo, solicitarle la documentación del vehículo, cachearle, registrarle el coche y otras posibles diligencias, que pese a tener habilitación legal para su práctica, no proceden en esta situación por cuanto las mismas se han efectuado no en el ejercicio legítimo del cargo sino por motivos de enemistad y por tanto por razones particulares. De un caso similar se ocupa la STS 275/2015, de 13 de mayo, en la que se enjuicia a un guardia civil que solicita la identificación y obliga a acompañar a dependencias policiales a una persona a la que ya conocía y con la que mantenía una clara enemistad. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condenó al agente por un delito de coacciones sin la concurrencia de la eximente, siendo confirmada esta resolución por el Tribunal Supremo, que respecto de este aspecto argumenta:

“La cuestión no es si un agente de la Guardia Civil está legitimado para requerir la identificación, cuando resulte necesario para perseguir una infracción, sino si lo es para constreñir a un ciudadano, por motivación personal, so pretexto de identificarle cuando ya conoce su identidad”.

Mucho más evidentes son las consecuencias de utilizar la fuerza o violencia en la actuación policial conociendo que no era necesario, lo que supone la ausencia de la **necesidad en abstracto de la violencia**, bien porque la víctima no ofrecía ninguna resistencia, bien porque no se advirtió qué debía hacer y por tanto no se le dio la oportunidad de obedecer al agente, bien porque se trata de cualquier otro supuesto de los posibles en que resulte perfectamente viable cumplir con la misión policial sin utilizar ningún tipo de fuerza. Como ejemplo representativo de este tipo de hipótesis, puede citarse de

nuevo la STS 949/2013, de 19 de diciembre, referida a la actuación de un policía que golpea de forma reiterada y con suma fuerza a una persona que simplemente estaba siendo molesta, provocándole lesiones graves. La Audiencia Provincial de Valencia condenó al agente por un delito de lesiones. El Alto Tribunal confirma la resolución y se pronuncia sobre este asunto de la siguiente manera:

*“En primer lugar el recurso a la fuerza no fue racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos, pues no es necesario utilizar la fuerza para reprimir una actuación simplemente "molesta" de un ciudadano, que ya había sufrido ciertas lesiones en una contienda previa, máxime cuando, como señala el Tribunal sentenciador, el agente policial disponía del apoyo de otros dos compañeros, por lo que la víctima no representaba peligro alguno. Incluso en caso de que llegase a abalanzarse sobre el acusado, lo que no hizo según el relato fáctico, habría bastado con colocar la defensa a modo de barrera o con su sujeción por parte de los compañeros del acusado, sin necesidad de recurrir a violencia alguna, como con pleno acierto razona el Tribunal de Instancia. Y, en cualquier caso, el uso de la fuerza es manifiestamente desproporcionado y abusivo, pues **no era en absoluto necesario** fracturar a un ciudadano tres costillas, utilizando la defensa o porra policial, con suma fuerza y golpeando reiteradamente su dorso, y los flancos del torso, para reprimir una actuación simplemente molesta, cuando la fuerza pública se encontraba en clara superioridad numérica y física, estando la víctima ya lesionada. Incluso aunque la víctima se encontrase agitada, la reacción policial no puede consistir en el recurso a la fuerza bruta, pues existen procedimientos para intentar calmar a los ciudadanos molestos y agitados, sin necesidad de romperles las costillas”.*

En todos estos supuestos apuntados, al haber sido considerados los requisitos ausente como elementos esenciales, es imposible la aplicación de la eximente ni completa ni incompleta. No obstante ello, lo que sí que cabe es que el sujeto se represente como reales alguno de dichos elementos cuando en realidad no existen y por tanto se habrá de estar a lo que determinan las reglas del error, cuestión que como se ha dicho se analizará más adelante. Pero también es posible que el agente sea negligente a la hora de valorar estos parámetros y no tenga el cuidado mínimo exigible para cumplirlos, en cuyo caso nos introduciríamos en el terreno de las actuaciones imprudentes, que serán objeto de análisis al final de este mismo epígrafe.

b) La ausencia del elemento subjetivo de justificación:

Un problema particular dentro de este grupo de supuestos lo plantea la ausencia del elemento subjetivo de justificación. Como ya hemos razonado antes,⁶⁷⁴ consideramos tal elemento como esencial, si bien éste no se articula exactamente igual que el resto de estos requisitos fundamentales, ya que en este caso, nos encontramos ante la ausencia de un elemento esencial que existe solo en la mente del sujeto, cuando en la realidad sí que concurren todos los presupuestos objetivos de justificación. Es decir, los elementos se encuentran presentes todos, si bien lo que falta, es que el sujeto los conozca y actúe conforme a ellos. Aquí radica la diferencia con los excesos extensivos, puesto que en éstos últimos sí que falta un requisito objetivo que anula la aplicación de la eximente.

Esta diferencia es la que utilizan como apoyo algunos autores para defender la tesis de que la ausencia de este elemento subjetivo debe ser castigada como un delito en grado de tentativa, por cuanto se produce una antijuridicidad formal pero concurriendo los presupuestos objetivos de justificación⁶⁷⁵ o los que se inclinan por la aplicación de la eximente incompleta bien aplicando el artículo 21.1ª CP, o la atenuante analógica del artículo 21.7ª⁶⁷⁶.

Tal y como hemos defendido al efectuar el análisis del elemento subjetivo de justificación, consideramos que el agente que actúa sin conocimiento de los presupuestos objetivos concurrentes, y aunque ello suponga calificar esta conducta como un desvalor de acción, el hecho de que

⁶⁷⁴ Vid. supra: Capítulo IV, epígrafe 2.7.

⁶⁷⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...* *Opus cit.*, p. 162.

⁶⁷⁶ Defienden la aplicación de la eximente incompleta MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...* *Opus cit.*, p. 456; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...* *Opus cit.*, p. 413, que defiende la aplicación de la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7ª; MAQUEDA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”... *Opus cit.*, p. 1091; PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”... *Opus cit.*, p. 153; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...* *Opus cit.*, p. 562

posteriormente resulte beneficioso para el Derecho, neutraliza, a mi juicio, el desvalor de resultado lo que supone que la conducta no sea antijurídica y deba, por tanto, castigarse como tentativa de delito. El ejemplo ya citado de la persona que tira una piedra contra una ventana y gracias al orificio que se produce impide que se produzca una explosión en la vivienda al haberse producido un escape de gas; o el sujeto que quiere matar a una persona y justo después de dispararle se da cuenta que estaba a punto a su vez, de matar a un tercero, evitando con su acción que esto se produzca,⁶⁷⁷ aunque la intención no es cumplir con la causa de justificación puesto que no conocía sus presupuestos objetivos el resultado finalmente obtenido neutralizaría dicho desvalor de resultado y por tanto bastaría con el castigo como un delito en grado de tentativa, ya que guarda con ésta una estructura similar; castigar como tentativa estos casos no quiere decir que naturalísticamente exista esta tentativa porque efectivamente el delito en estos precisos términos se ha consumado, sino que como no hay desvalor de resultado está neutralizado. En este sentido se quiere castigar el desvalor de acción que es lo que ocurre en algunas tentativas.

3.2.- Ausencia de un elemento accesorio de la eximente (exceso intensivo):

Mayor abanico de posibilidades presenta el tratamiento de la ausencia de los elementos no esenciales de las causas de justificación, ya que habrá de analizarse en relación a la situación concreta. Tal y como hemos citado anteriormente, estos requisitos accidentales de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber son la necesidad en concreto y el principio de proporcionalidad entendido como ponderación de intereses.

Del mismo modo que hemos hecho para la ausencia de los elementos esenciales de justificación, también aquí podrían agruparse atendiendo a que

⁶⁷⁷ Ejemplo citado en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. *El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. UOC. PID_00179727, p. 11.

su ausencia esté motivada de forma dolosa o imprudente, por cuanto el desvalor de acción no debería tener la misma consecuencia jurídica.

a) Supuestos dolosos:

Analizando la **ponderación de intereses** en primer lugar, se trataría de la ausencia de una valoración previa por parte del sujeto de que el interés que se trata de tutelar guarda proporción con el que se va a infligir, teniendo en cuenta también el principio de menor lesividad. Supuestos de este tipo pueden ser los casos en los que el agente causa un grave daño al sujeto cuando en realidad el hecho cometido, y por tanto el interés que se pretende salvaguardar, posee un carácter leve. Pueden citarse como ejemplos la detención y traslado a dependencias policiales por un delito leve, o el disparo efectuado por un agente policial al que huye por haber cometido una infracción de tráfico, o un delito de hurto.

El análisis de la **ausencia de la necesidad en concreto** presenta un mayor número de casos posibles, ya que integra un uso inadecuado del medio, bien por haber seleccionado uno de mayor peligrosidad, y por tanto más lesivo, bien por haberlo utilizado de forma excesiva o porque se ha utilizado sin tener la debida formación sobre su uso correcto.⁶⁷⁸

Tal y como ya hemos analizado⁶⁷⁹, la mayor parte de la doctrina coincide en señalar que la falta de la necesidad en concreto podría dar lugar a la aplicación de la eximente que estudiamos en su modalidad de incompleta, al faltar uno de sus requisitos no esenciales. Del mismo modo, y aunque en este

⁶⁷⁸ A modo de ejemplo enjuician supuestos donde se ha utilizado la fuerza física entre otras, las SSTS 263/2008, de 20 de mayo; 519/2008, de 24 de julio; 1810/2002, de 5 de noviembre; 1601/2002, de 30 de septiembre; 112/2005, de 31 de enero; 2466/2001, de 24 de diciembre; 1633/2001, de 18 de septiembre. Por su parte están referidas al uso de la defensa policial las SSTS 949/2013, de 19 de diciembre; 153/2013, de 6 de marzo; 27/2013, de 21 de enero; 543/2010, de 2 de junio; 778/2007, de 9 de octubre; 1262/2006, de 28 de diciembre; 850/2006, de 12 de julio; 26/2005, de 22 de enero; 1436/2004, de 13 de diciembre; 601/2003, de 25 de abril. Sobre el empleo de armas de fuego vid. las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre; 80/2007, de 9 de febrero; 17/2003, de 15 de enero; 423/2002, de 12 de marzo y 33/2002, de 23 de enero. Por último se refieren al uso de botes de humo las SSTS 1139/2009, de 22 de octubre y 747/2008, de 11 de noviembre.

⁶⁷⁹ Vid. supra: Capítulo IV, epígrafe 2.3.

punto, con menor coincidencia de contenidos, los autores han venido considerando que faltará la necesidad en concreto si existe un exceso en los parámetros a los que venimos aludiendo (idoneidad, menor lesividad, desproporción, etc).

A partir del análisis de la jurisprudencia de las últimas décadas existente sobre la materia puede afirmarse que la mayor parte de las sentencias en las que se ha aplicado la exigente incompleta lo ha sido por la ausencia de la necesidad en concreto, que ha sido rebasada por los motivos que ahora expresaremos y con alusión a los diferentes aspectos que acabamos de citar.

Así, se considera que está ausente la necesidad en concreto, por una falta en la idoneidad del medio empleado, y **se aplica la exigente incompleta** en las siguientes resoluciones:

-STS 20 de octubre de 1980: por utilizar el arma de fuego ante la agresión con una navaja.

-STS 19 de abril de 1980: por utilizar el arma de fuego desde un vehículo que circulaba por un terreno con numerosos baches con riesgo para otras personas y contra sujeto que no ofrecía peligro.

-STS 9 de diciembre de 1986: por utilizar el arma de fuego en zona letal contra un alborotador que se encontraba en una zona de ocio, pese a que se abalanzó sobre el agente, habiendo otras medidas posibles.

-STS 23 de febrero de 1988: por disparar con arma larga contra los dos ocupantes de un vehículo que después de sustraer efectos del interior de un turismo se dan a la fuga.

-STS 24 de junio de 1988: por utilizar el arma varios agentes contra un miembro de GRAPO al que iban a detener en un amplio operativo policial, al que tras darle el alto en la vía pública dio un paso atrás entendiendo los agentes que podía ofrecer resistencia.

-STS 15 de marzo de 1990: unos policías detienen sin resistencia y trasladan a pie a comisaría a una persona porque en un bar parece que se había reído de ellos; durante el recorrido el detenido golpea al agente

que lo sujetaba y sale huyendo disparando uno de los agentes contra el mismo causándole la muerte.

-STS 2184/1992, de 20 de octubre: por golpear con la defensa a una persona de forma sucesiva e innecesaria rayando los malos tratos cuando la violencia abstracta sí concurría.

-STS 30 de junio de 1993: un policía dispara en un momento inadecuado contra un peligroso delincuente, y al que suponía fuertemente armado, que estaba forcejeando con otro compañero que trataba de detenerlo y que tenía intención de huir, causando la muerte de dos agentes de policía que formaban parte del operativo.

-STS 2135/1994, de 7 de diciembre: por disparar a un delincuente que huye y matar a una tercera persona. Imprudencia y eximente incompleta.

-STS 380/1995, de 17 de marzo: vigilante jurado que golpea con la defensa en lugares no idóneos como son la cara y la boca.

-STS 744/1995, de 2 de junio: policía que golpea con la defensa al detenido de forma excesiva.

-STS 421/1996, de 13 de mayo: ante el atropello de otros compañeros y la colisión contra un vehículo patrulla un agente dispara contra el vehículo que huye matando a su ocupante.

-STS 192/1997, de 14 de febrero: policía que recrimina la actitud de unos jóvenes en un parque y dispara al suelo con su arma cuyo rebote impacta en uno de ellos al que lesiona y asimismo golpea a otro joven con el revólver, haciendo un uso inadecuado del arma.

-STS 670/1998, de 14 de mayo: policía que corriendo persigue a un sujeto por haber cometido un delito al que va golpeando repetidamente con la defensa durante dicha persecución.

-STS 871/1998, de 19 de junio: un policía golpea con la pistola en la cara a una persona que trataba de detener que previamente le había golpeado en el labio.

-STS 26/2005, de 22 de enero: policía que forcejea con una persona hasta que la reduce y le pone los grilletes, dirigiéndose al vehículo a por una defensa para golpear al detenido ya esposado.

También aplica la eximente incompleta la STS 778/2007, de 9 de octubre, en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre la superioridad numérica de los agentes con respecto a los sujetos sobre los que se actúa,⁶⁸⁰ o la STS 421/2001, de 15 de marzo en la que asimismo menciona como condición que incide en el uso de la fuerza la formación en artes marciales.

En sentido contrario, la ausencia de esta necesidad en concreto que supone una clara extralimitación o desproporción lleva a la **condena del agente** sin aplicación de la eximente ni completa ni incompleta, en los siguientes casos:

-STS de 18 de mayo de 1990: recoge un supuesto donde varios agentes municipales trasladan a dependencias policiales a un conocido traficante de drogas al menudeo de la localidad, al que interrogan sobre dicho posible tráfico, negando su implicación en estos hechos, siendo esposado de pies y manos y golpeado en repetidas ocasiones con manos y defensas.

-STS de 10 de julio de 1991: agente que cachea con el arma en la mano, disparando al aire sin calcular bien, lesionando al cacheado. Imprudencia.

-STS 1009/1993, de 20 de octubre: disparos con arma de fuego al suelo ante delincuente que huye causándole lesiones. Imprudencia.

-STS 1648/1993, de 2 de julio: disparos contra detenido que se da a la fuga y causa la muerte. Imprudencia.

-STS 2958/1993, de 30 de diciembre: agente que golpea a una persona ya detenida lo que supone una extralimitación.

-STS 771/1994, de 7 de abril: disparos contra un individuo que huye después de cometer el hurto de un vehículo. Imprudencia temeraria.

-STS 1200/1994, de 2 de junio: policías que golpean a un ciudadano que había protagonizado un altercado en un bar.

⁶⁸⁰ Sobre la superioridad numérica de los agentes de policía que concurrían en la actuación policial también se han pronunciado entre otras, las SSTS 1726/1994, de 6 de octubre; 1401/1993, de 10 de junio y 662/1992, de 25 de marzo.

-STS 1736/1994, de 30 de septiembre: policía que golpea con la defensa en la cabeza a un ciudadano con el que forcejeaba.

-STS 106/1997, de 31 de enero: policía que golpea con gran fuerza con su defensa a un ciudadano que estaba causando alboroto en un local.

-STS 26/1998, de 16 de enero: disparo que hiere a un conductor que huía con un vehículo sustraído previamente. Imprudencia.

-STS 1633/2001, de 18 de septiembre: bofetada a una ciudadana con la que el agente estaba discutiendo.

-STS 423/2002, de 12 de marzo: disparo contra un vehículo que se había saltado un control resultado fallecida la persona que acompañaba al conductor como consecuencia de los disparos. Imprudencia.

-STS 601/2003, de 25 de abril: ciudadano que después de dar positivo en una prueba de alcoholemia y marcharse a pie del lugar insulta a los agentes, intentando uno de los policías detenerlo sin lograrlo, por lo que golpeó con su defensa en el hombro y cara, siendo reducido y detenido junto a otro compañero.

-STS 159/2011, de 28 de febrero: lesiones causadas por los agentes a una persona ya detenida.

-STS 153/2013, de 6 de marzo: policía que ante un caso menor y sin peligro para los agentes golpea con la defensa y contra el capó del vehículo al sujeto.

-STS 828/2013, de 6 de noviembre: disparos contra el vehículo que huye causando lesiones. Imprudencia y aplicación de eximente incompleta y analógica.

-STS 949/2013, de 19 de diciembre: agente de policía que golpea con la defensa fracturando varias costillas de un sujeto que estaba molestando a un grupo de personas.

Y por último, y pese a discutirse acerca de la posible ausencia de la necesidad en concreto, se llega a la **absolución del agente** en los siguientes supuestos:

-STS 4 de diciembre de 1991: dos atracadores armados con escopeta y cuchillo asaltan un establecimiento público donde se encontraba un

policía entre sus clientes. Éste se identifica, ordena que dejen las armas, y saca su pistola, haciendo caso omiso, por lo que dispara al que llevaba la escopeta produciendo su muerte.

-STS 669/1992, de 24 de marzo: policía que forcejea con un delincuente llevando el arma montada en la otra mano, que se dispara e impacta contra este último.

-STS 14 de julio de 1993: policía local que pone los grilletes y golpea al sujeto durante dicho arresto de forma desproporcionada.

-STS 2347/1993, de 20 de octubre: policía que dispara contra un atracador armado de navaja.

-STS 2780/1993, de 3 de diciembre: policía que introducido en una ventanilla de un vehículo es arrastrado y golpeado contra otros turismos estacionados, ante lo cual utiliza su arma contra el conductor que fallece.

-STS 1947/1994, de 4 de noviembre: policía que tenía como misión que nadie pasara por una calle, ordena a un joven que se marche, haciendo éste caso omiso y llegando a empujar al agente, que golpea con su escudo y su defensa al joven, al que fractura el brazo entre otras lesiones.

-STS 866/1995, de 5 de julio: forcejeo entre un agente y un individuo que portaba un arma de fuego, y ante el posible uso del arma por el sujeto el agente le dispara causándole la muerte.

-STS 1103/1996, de 31 de diciembre: disparo contra una persona a la que debía detener que portaba un arma blanca.

-STS 1810/2002, de 5 de noviembre: policía al que un sujeto arrebató un cartel que debía poner en la vía pública debiendo utilizar la fuerza física para recuperarlo.

-STS 277/2004, de 5 de marzo: policía que ante la huida del propietario de un establecimiento al que debían citar aparta con la mano a una mujer que se interpone entre ambos para impedirlo y que resulta lesionada en la caída.

-STS 112/2005, de 31 de enero: policía que ante una multa de tráfico que iba a interponer contra un ciudadano, éste le empuja y le coge del cuello respondiendo el agente con misma fuerza física.

-STS 850/2006, de 12 de julio: agente que golpea con la defensa a un ciudadano que formaba parte de un grupo que participaba en una grave contienda en el exterior de un campo de fútbol.

Como **conclusión** a todo lo visto respecto de la aplicación de la eximente incompleta en casos de ausencia de la necesidad en concreto de la violencia, puede decirse que la línea jurisprudencial que sigue el Tribunal Supremo es bastante errática en la práctica pese a que los criterios teóricos guarden cierta consistencia (sin perjuicio del diverso contenido que se otorga a cada uno de los requisitos como hemos visto en epígrafes anteriores). Esta disparidad de criterios puede apreciarse en el caso particular de la necesidad en concreto con mayor claridad. En primer lugar hemos citado sentencias que ante un hecho similar (agresión con una navaja y disparo del agente), aplican la eximente incompleta (STS de 20 de octubre de 1980) o bien la absolución del agente (STS 2347/1993, de 20 de octubre). También hemos visto supuestos referidos a los disparos contra el delincuente que huye, en los que en unos casos se ha aplicado la eximente incompleta (STS 23 de febrero de 1988) y en otros se ha condenado por una actuación imprudente (SSTS 1648/1993, de 2 de julio; 771/1994, de 7 de abril; 26/1998, de 16 de enero; 423/2002, de 12 de marzo). Otros casos que han recibido diferente tratamiento son aquellos en que los agentes golpean a los detenidos cuando ya se encuentran inmovilizados o en dependencias policiales, y así unas veces se ha aplicado la eximente incompleta (STS 26/2005, de 22 de enero), y otras se ha condenado al agente (STS 159/2011, de 28 de febrero). Asimismo los casos de forcejeo con un individuo con el arma de fuego en la mano ha recibido diferentes resultados: por un lado existen sentencias en las que se condena al agente por una actuación imprudente (STS 10 de julio de 1991), y en otras ocasiones se absuelve a los agentes (STS 669/1992, de 24 de marzo). Y, por último, vamos a referirnos a las numerosas hipótesis en que pese a existir necesidad de utilizar medios violentos para cumplir la función policial (necesidad en abstracto), la utilización de dichos medios es tan desproporcionada que a veces es calificada como una extralimitación en el uso de la fuerza. En estos casos, el TS ha aplicado la eximente incompleta (SSTS de 9 de diciembre de 1986; 24 de junio de 1988; 15 de marzo de 1990; 2148/1992, de 20 de octubre;

380/1995, de 17 de marzo), otras veces ha condenado al agente (SSTS 1736/1994, de 30 de septiembre; 106/1997, de 31 de enero; 601/2003, de 25 de abril), y en ocasiones lo ha absuelto al agente al entender que no ha existido desproporción (SSTS 14 de julio de 1993; 1947/1994, de 4 de noviembre).

En mi opinión, y aun siendo consciente de la dificultad de ajustar los criterios a la gran variedad de situaciones reales que pueden presentarse, este panorama produce cierta inseguridad jurídica, por cuanto, teóricamente la falta de la necesidad en concreto es causa casi automática de la aplicación de la eximente incompleta, pero sin embargo en la práctica vemos cómo supuestos muy similares reciben un tratamiento distinto. Considero que la aplicación de tales criterios debería tener mayor rigurosidad y ello no tanto en su formulación teórica, que la tiene, cuanto en su aplicación; y así, cuando el TS dota de significado a la necesidad en abstracto, por ejemplo, no puede luego decir que ésta concurre en casos como el de la STS de 9 de diciembre de 1986, en la que un agente dispara en zona vital a un alborotador, sin advertencias, sin disparos previos, o lo que es más importante, sin utilizar otros medios menos violentos que el arma de fuego. De igual modo, si la falta de idoneidad en los medios, definidos por el TS como el medio menos lesivo y utilizado de la forma menos lesiva, desborda de manera tan importante este límite, no puede seguir aplicándose la eximente incompleta sino que cabe inaplicar la eximente por cuanto esta extralimitación supone directamente un comportamiento de todo punto reprobable para un agente policial. Así, la STS 2184/1992, de 20 de octubre, habla incluso de actos que rayan los malos tratos, pero en cambio aplica la eximente incompleta. Del mismo modo que golpear con intención de causar daño, con golpes en la cara y en la boca (STS 380/1995, de 17 de marzo), o golpear a una persona ya detenida, cuando no existe necesidad en abstracto de violencia alguna (STS 26/2005, de 22 de enero), no puede dar lugar a un beneficio para el agente actuante ante hechos tan despreciables, que en ocasiones, como hemos visto, llevan incluso a despojar de la condición de agente de la Autoridad a aquéllos que los realizan.⁶⁸¹ No me refiero aquí a los numerosos supuestos citados en los que el uso del arma de fuego ante

⁶⁸¹ Véase Capítulo IV, epígrafe 2.1.

personas que huyen se salda con un delito por imprudencia, que se verán al final de este epígrafe.

Al mismo tiempo, he de mencionar en este punto dos supuestos en los que el Tribunal Supremo condena a los agentes, utilizando igualmente unos criterios contrarios a la línea teórica apuntada. Se trata de dos resoluciones que ya fueron citadas al analizar los criterios de necesidad abstracta y concreta de la violencia. Por un lado, la SSTS 1668/1999, de 29 de noviembre, está referida al uso del arma de fuego contra un atracador que armado de escopeta forcejea con el dueño del local, y que tras una larga persecución encañona a un agente de policía, existiendo disparos previos de advertencia, siendo condenado el agente por delito de homicidio con la aplicación de la eximente incompleta. Por otro lado, la STS 2868/1993, de 21 de diciembre, enjuicia un supuesto en el que unos policías locales le dicen a una mujer que quite el vehículo que acababa de aparcar encima de la acera, negándose ésta a ello, insultando y amenazando con *“quitarles el uniforme”*, sin querer identificarse, por lo que se procede a su detención y posterior puesta en libertad. En este caso, el TS condenó a los agentes por detención ilegal y lesiones. Ambos supuestos suponen a mi juicio un endurecimiento innecesario, opuesto a la línea de aplicación de dichos criterios utilizados en supuestos similares, ya que, atendiendo a la línea seguida por el TS, encajarían perfectamente en supuestos de absolución, o, si se quiere, de imprudencia en el primero de ellos, especialmente si las comparamos con otras como la STS de 4 de diciembre de 1991 o STS 2347/1993, de 20 de octubre, referidas a supuestos de disparos contra atracadores, en los que los agentes resultaron absueltos.⁶⁸²

En el año 1989, con la reciente aprobación de la LOFCS, el profesor PORTILLA hacía las siguientes consideraciones: *“En general, la jurisprudencia ha venido siguiendo en el uso de la violencia policial, diversos criterios interpretativos: En primer lugar y en relación a las exigencias de competencia objetiva, que el funcionario actúe en el ejercicio de una función pública, ejerciendo los deberes que le impone el cargo. También que la violencia y el*

⁶⁸² Vid. un comentario de dichas resoluciones en supra: Capítulo IV, epígrafe 2.5.

*uso de la fuerza sean necesarios y obedezcan al criterio de estricta racionalidad, que dependen asimismo del principio de menor lesividad posible y del de proporcionalidad en su vertiente de adecuación del medio violento a las características del caso concreto. Respecto del uso del arma de fuego, junto a los anteriores criterios, se exige además que se realice por el funcionario una intimidación previa, que no sea posible la utilización de otros medios, que el delito que faculta el disparo sea de capital importancia y que el mismo se efectúe sobre partes no vitales del cuerpo, se suele mantener, como principio genérico y reiterado en la doctrina jurisprudencial, que la ausencia de necesidad en abstracto en una conducta dolosa, debe determinar la exclusión de la eximente completa e incompleta, mientras que la falta de necesidad en concreto, si bien imposibilita la aplicación de la eximente, no hace lo mismo con la atenuante del 9.1 en relación con el 8.11 (...). Ahora bien, si analizamos los supuestos jurisprudenciales que hacen referencia al uso de la violencia, comprobaremos como este entramado teórico no se corresponde con la realidad, que contrariamente, se suele aplicar la eximente incompleta en supuestos donde no existe necesidad alguna de la violencia y la imprudencia en casos donde la dirección, el número de disparos realizados y las circunstancias que rodearon al hecho, evidencian intención dolosa del autor”.*⁶⁸³

Me hubiera gustado apuntar a este respecto que dicha dispersión de criterios apreciada por PORTILLA era fruto de los años en los que se aplicaban, y que en la actualidad el Tribunal Supremo sigue una línea mucho más regular y consistente, pero ello no es posible y solo puedo decir que esta afirmación sigue siendo perfectamente aplicable a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en los últimos treinta años.

Por lo tanto, considero que si bien la línea teórica marcada mantiene un criterio riguroso y cierto en el uso de la fuerza policial, que obtiene reflejo de algunas resoluciones, ello no se corresponde con carácter igual con su aplicación al caso concreto, en donde se observan supuestos similares que

⁶⁸³ PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, pp. 155-156.

obtienen diferente respuesta. Este es el mayor reproche que puedo hacer a las sentencias del Alto Tribunal.

b) La utilización de armas antirreglamentarias y otros medios:

En este contexto, y tratando de dar respuesta a la problemática sobre el uso de las armas antirreglamentarias planteada en su momento,⁶⁸⁴ debe examinarse también si el uso de armas no oficiales, munición peligrosa o incluso el uso de objetos que no son armas como medio al alcance de los agentes policiales, tiene incidencia en este requisito.

Esta cuestión ha sido tratada escasamente por la doctrina, por lo que únicamente tendremos en cuenta la casuística jurisprudencial referida a estos supuestos, sobre los que centraremos nuestro análisis y trataremos de dar una solución a esta problemática con base en los argumentos que venimos ofreciendo en este estudio.

En este punto, y como dato a tener en cuenta para el razonamiento posterior, es importante recordar que a tenor de la previsión contenida en el artículo 5 del Reglamento de Armas, el spray de defensa personal es un medio que puede ser utilizado por cualquier persona mayor de edad con los requisitos que se detallan en su apartado b), referido a la aprobación por el Ministerio de Sanidad. Por su parte, las defensas eléctricas y las defensas extensibles (éstas últimas por ser similares a las defensas tradicionales), vienen recogidas en el apartado c) del mismo artículo, que junto a las municiones perforantes, incendiarias o explosivas (apartado e), o munición de punta hueca (apartado f), pueden ser utilizadas por *“funcionarios especialmente habilitados”*, según se recoge en el mismo precepto. De acuerdo con ello los diferentes Cuerpos policiales van asignando como dotación oficial y de forma individualizada estas armas después de que el agente haya superado un curso de formación

⁶⁸⁴ Véase el Capítulo III, epígrafe 5.

específicamente diseñado como instrucción técnica para su correcta utilización.⁶⁸⁵

Como hemos podido ver a lo largo de los capítulos precedentes, los casos en los que el Tribunal Supremo ha tratado casos donde los agentes policiales han utilizado armas, incluidas las de fuego, son numerosos. Obviamente, los supuestos más problemáticos se presentan al utilizar los medios más lesivos para el ciudadano, y por ello, la utilización de armas. Como ya vimos, y expresándolo ahora de forma sintética, se puede decir que el uso de cualquier medio de fuerza deberá cumplir los requisitos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que en el caso de ser un arma de fuego, habrá además de atender únicamente a casos de riesgo grave para la vida, integridad física o seguridad ciudadana. Así, y siempre que el uso de armas se produzca dentro de estos parámetros, no se produce ninguna particularidad, aunque se haya querido destacar la peligrosidad de algunas de las armas que habitualmente son utilizadas por los miembros de las FCS.

En lo que se refiere a la consideración de la defensa policial como instrumento peligroso, la STS 1496/2000, de 30 de septiembre, determinó que esto no era así con la siguiente argumentación:

“El correlativo, también por infracción de ley del artículo 849.1º, considera que debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 421.1 del Código Penal por haber empleado el agresor un instrumento peligroso susceptible de causar graves daños a la integridad del lesionado (...) la utilización del instrumento

⁶⁸⁵ Como ejemplo de lo afirmado, la Norma Técnica nº 1 de 23 de abril de 2013, dictada por el Mando de Operaciones de la Dirección Adjunta Operativa de la Dirección General de la Guardia Civil, sobre el *Empleo de la Defensa Extensible por Personal del Cuerpo*, recoge entre sus previsiones que el uso de este medio únicamente podrá efectuarse por personal que haya superado un curso y la posea como dotación oficial, derivándose responsabilidades disciplinarias y/o penales en caso contrario. En este mismo sentido, y sobre el correcto uso de dichos medios (defensas, sprays, etc), en las actuaciones que realiza la Guardia Civil, la Dirección General de dicho Cuerpo, dictó la Orden General número 3 de 10 de junio de 2012, sobre el *Sistema de Intervención Operativa (SIO) de la Guardia Civil*, que recientemente ha sido derogada y actualizada por la Orden General número 8 de 24 de septiembre de 2015, en concordancia con el *Manual de Intervención Operativa*, donde se detalla cómo y cuando deben utilizarse este tipo de medios en el denominado «arco de intervención gradual» que como la propia O.G. indica es “*la respuesta proporcional, congruente y oportuna con técnicas y medios de dotación oficial, cuya aplicación permite al guardia civil afrontar y resolver cualquier situación durante el desempeño de sus funciones*”.

*consistente en una especie de «porra», también llamado «defensa», **no entraña por sí mismo esta agravación cuando es manejada por quien reglamentariamente tiene derecho a ello, máxime cuando sólo se produjo un golpe aunque éste tuviera, según se ha dicho, consecuencias finales de suma gravedad**”.* (La negrita es añadida).

Del mismo modo la STS 2184/1992, de 20 de octubre, en relación a las defensas establece que son un medio adecuado a la función policial siempre que sean utilizadas con corrección:

*“se deduce que los ahora recurrentes tuvieron necesidad lógica de emplear la fuerza para reducir al rebelde y restablecer el orden perturbado e, incluso, que **los medios empleados (las llamadas «defensas») no eran desproporcionadas para llevar a buen fin el cumplimiento de su deber, pero lo que sí resultó desproporcionado fueron los múltiples y sucesivos golpes que propinaron a su oponente y que le causaron lesiones de bastante consideración, que se nos muestran a todas luces innecesarias en la concreta labor de los agentes implicados y que parecen debidas más bien a una acción de réplica vengativa, rayana en los malos tratos, que a una adecuada acción policial**”.* (La negrita es añadida).

Los mayores obstáculos podrían provenir de utilizar armas antirreglamentarias, armas particulares, armas prohibidas o incluso objetos que ni siquiera integran el concepto de arma.

Sobre todas estas cuestiones se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Como resolución representativa de todos estos casos cabe citar la STS 891/2008, de 11 de diciembre (Caso Roquetas), en la que se enjuicia un hecho en el que se utilizaron defensas extensibles y eléctricas (no reglamentarias) por miembros de la Guardia Civil (algunos de ellos incluso fuera de servicio). Las acusaciones particulares e incluso el Ministerio Fiscal defendieron que el uso de dichos medios no reglamentarios suponía un concreto modo de atentado contra la integridad moral, si bien el Alto Tribunal negó esta circunstancia, llegando a la conclusión, como ya se ha visto, de que más allá del medio utilizado cobra relevancia el uso particular de dichos medios de algún modo que pueda ser degradante.

Con el mismo criterio que acabamos de referir, el Tribunal Supremo ha resuelto los supuestos de actuación de los agentes en acto de servicio

utilizando el arma particular, como en la STS 33/2002, de 23 de enero; o de utilización de arma asignada en situación de segunda actividad, como en la STS de 23 de noviembre de 1998, en la que el Alto Tribunal valora la utilización del arma en el ejercicio de una función policial para la que está habilitado. En estos casos, lo relevante es que el arma utilizada no sea ilícita, y por otro lado que la función ejercida sea la que permite la Ley. Ya vimos al tratar la normativa sobre armas reglamentarias de los componentes de las FCS en relación con la redacción del artículo 5.2 c) de la LOFCS que cuando esta última alude a la utilización de los “medios a su alcance”, abre la posibilidad de que se utilicen instrumentos ajenos a la dotación oficial o armas no reglamentarias.

En este sentido, es representativa la SAP de Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo, que trata un supuesto en el que un agente de policía golpea a un ciudadano con el puño y con una linterna, sin que el órgano jurisdiccional entre a valorar si la linterna es un medio apropiado o no, y en el que simplemente se analiza si se hace un uso proporcionado de este instrumento, cuando señala que:

“Los testigos, cuyas declaraciones se valoran en el fundamento jurídico tercero de la presente sentencia, vienen a indicar que, cuando llega el agente al lugar en el que se encuentra Juan Enrique, éste ya se había separado de su contendiente, y que, al ver llegar a la Policía, se limita a levantar las manos en posición de entrega, no acometiendo en ningún caso al agente de la Policía Local. Indican los testigos que Nazario se dirige directamente y de frente al denunciante y le golpea con la linterna y el puño que la porta sin causa alguna, impactándole en la cara y cayendo inconsciente al suelo Juan Enrique que es agarrado y sacado a rastras de la calle San Juan hasta la esquina de la misma con la Plaza de España. La actuación del agente policial era innecesaria pues los intervinientes en la pelea ya se encuentran separados y ninguna acción realiza Juan Enrique que haga pensar en un acometimiento de éste sobre el policía local, Nazario, siendo totalmente desproporcionada con las circunstancias concretas de los hechos la agresión que éste realiza. De hecho no se levanta tan siquiera atestado alguno por presunto delito de desobediencia, resistencia o atentado a los agentes de la Autoridad, no siguiéndose diligencias judiciales por este extremo. El propio acusado manifestó en el acto del Juicio Oral que no se había tramitado atestado por atentado porque no lo justificaban las circunstancias concurrentes en los hechos. De todo lo indicado se acredita que el acusado, siendo agente de la Policía Local y encontrándose en el ejercicio de sus funciones, se extralimitó gravemente en el desarrollo de las mismas, perdiendo así la protección que el artículo 20.7 del Código Penal le otorga, razón por la que procede la desestimación del motivo de apelación esgrimido y ahora objeto de examen”.

También ha suscitado cierto debate en algunas resoluciones del Tribunal Supremo la posibilidad de que el uso por los agentes de las FCS de armas prohibidas, concretamente los sprays de defensa personal, pudiera constituir la infracción administrativa a la que se remite el artículo 563 CP, que se erige como norma penal en blanco, y si, en consecuencia, dicha utilización, podría devenir ilícita al ser constitutiva de delito. En primer lugar, y como ya vimos, hay que decir que este tipo de armas prohibidas no lo son para las FCS, por lo que únicamente podrán ser no reglamentarias, como en algunos casos pueden serlo los *sprays* o las defensas extensibles y eléctricas. Por otro lado, no se debe perder de vista que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto, señalando su STC 24/2004, de 24 de febrero, que las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son exclusivamente aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, que sean materialmente armas –pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son-; en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extra penal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del artículo 563 CP 1995 todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los artículos 4 y 5 del RD 137/93, de 29 de enero (Reglamento de Armas) mediante una orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final 4ª, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho Penal cuando no concurra realmente ese peligro concreto, sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador. Esta línea argumental es la que ha utilizado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, como la STS 163/2001, de 9 de febrero, en la que refiriéndose a la utilización del spray por parte de un ciudadano contra un agente de policía, establece que:

“En relación con los «sprays» de defensa personal, el Reglamento de Armas en su artículo 5 establece la prohibición de su tenencia y uso pero exceptuando los que en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas mayores de edad. De este modo la declaración del

«spray» de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de «prohibida», sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo. Por ello, con relación a los «sprays» de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal. Esta Sala ya declaró que solo la infracción de una prohibición tajante o absoluta de un tipo de armas que por su acusada peligrosidad ha determinado al legislador la exclusión radical del mercado, tiene entidad suficiente para integrar una conducta penalmente sancionable (...) En consecuencia el uso de «spray» carece de significación delictiva, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener en el ámbito administrativo sancionador».⁶⁸⁶

Queda claro por tanto que la utilización de todas estas armas prohibidas no constituye un punto de partida ilícito por parte del agente de las FCS que bien toda su actuación devenga incorrecta, sino que lo que realmente convierte en ilícita una actuación es la forma en que se utiliza el arma, cualquiera que sea la que emplee. Esta es la conclusión a la que ya llegamos al analizar la resolución conocida como “Caso Roquetas”, y también es la línea que sigue el Tribunal Supremo de forma constante. Así, la STS 814/2007, de 5 de octubre, se ocupa de un supuesto en el que unos agentes de policía con autorización para usar los medios que acabamos de mencionar, los *sprays* de defensa, utilizan por dos veces este gas sobre la cara del detenido, que en un estado importante de embriaguez había mantenido previamente un forcejeo con los agentes, con gran resistencia por su parte a ser detenido. La Audiencia Provincial de Valencia condenó a los agentes como autores de un delito contra la integridad moral y de otro de detención ilegal. El Tribunal Supremo absolvió a los agentes del delito de detención ilegal, pero no del delito contra la

⁶⁸⁶ También se ocupan de supuestos relacionados con este asunto, las SSTS 1341/2004, de 18 de noviembre (navaja de 12,5 cm de hoja); de 5 de marzo de 2003 (requisitos delito art. 563 CP); 20 de diciembre de 2001 (requisitos delito art. 563 CP); 9 de febrero de 2001 (spray); 22 de enero de 2001 (machete o puñal); 28 de octubre de 1999 (machete montañero); 1 de junio de 1999 (puñal); 24 de diciembre de 1998 (requisitos delito art. 563 CP); 6 de noviembre de 1998 (requisitos delito art. 563 CP); 2 En el mismo sentido la Consulta de la FGE 14/1997, llega a la misma conclusión, señalando que “nunca, la simple y nuda posesión de los objetos descritos en el art. 4.1 f) y h), podrán colmar las exigencias del tipo del injusto que acoge el art. 563 CP”. También se ocupa del comercio de armas prohibidas los artículos 78, 80 y 81 del Convenio de Schengen.

integridad moral, haciendo el siguiente pronunciamiento respecto de la concreta utilización del *spray* y las defensas reglamentarias:

*“ante unos insultos y expresiones rechazables, actitud merecedora de la calificación como falta contra el orden público, dirigidas contra los policías por una persona embriagada, reaccionan éstos de forma totalmente desproporcionada, tirándole al suelo, cuando a causa de su embriaguez se mantenía de pie con dificultad, le golpean insistentemente, esposan manos y pies, una vez en el suelo le sujetan la cabeza pisándole y le introducen violentamente en el vehículo policial, como un fardo, continuando los golpes con las defensas y rociándole por dos veces con un «spray» en la cara, hechos que llegan a provocar la reacción de protesta, por excesivos, de viandante ajenos a los mismos (...) Semejante conducta por parte de ambos funcionarios es indudable que supone un verdadero trato degradante”.*⁶⁸⁷

Por lo tanto, y respecto de las armas citadas, la conclusión a la que cabe llegar es que más que el tipo de arma utilizada es más importante cómo es utilizada, por cuanto una mala utilización del arma, puede llevar a que se aplique la eximente incompleta como hemos visto, o a que debido a su extralimitación no pueda ser aplicada en ninguna de sus formas.

No obstante, no hay que confundir estos supuestos referidos a los medios utilizados por las FCS, con la consideración de objeto peligroso en los delitos contra las personas, que supone un supuesto agravado de forma específica en numerosos delitos⁶⁸⁸, como se discute en la STS 834/2013, de 31 de octubre, donde se valora la utilización de un palo como objeto peligroso en un delito de lesiones.

En este mismo sentido, puede tener importancia a efectos de determinar la aplicación de la eximente incompleta ante la ausencia de la idoneidad del medio empleado la utilización de ciertas municiones denominadas letales, como pueden ser las de punta hueca, postas, calibres excesivos (45 mm), etc,⁶⁸⁹ que entrarían en clara contradicción con la que debe ser la función

⁶⁸⁷ En el mismo sentido la STS de 31 de enero de 1995, se ocupa de un supuesto de mala utilización del *spray* de defensa por parte de agentes de la Policía Vasca.

⁶⁸⁸ Así, por ejemplo, en los delitos de lesiones (artículo 148.1º CP) o en el delito de robo con violencia o intimidación (artículo 242.3 CP), entre otros muchos.

⁶⁸⁹ La reglamentación general de la cartuchería que puede ser utilizada en nuestro país está regulada en el RD 563/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería, que en su artículo 1.5. c), excluye expresamente de esta regulación a

principal de los agentes policiales, que en ningún caso pasa por causar la muerte de los ciudadanos que pudieran haber cometido un delito sino por su detención y puesta a disposición judicial. Las municiones policiales de dotación reglamentaria, como ya vimos, son consideradas como “no letales” debido a su configuración, blindaje, etc, y su principal finalidad es detener al agresor como último recurso, pero no causarle la muerte. Por ello, y en el caso de que los agentes utilizaran munición no reglamentaria que encaje dentro de este tipo de cartuchería altamente lesiva, tales actuaciones podrían dar lugar directamente a la inaplicación de la eximente, sin considerarla como un exceso sino más bien una extralimitación inadmisibles. Sí cabría en cambio la aplicación de la eximente incompleta en caso de exceso en el uso de la munición asignada de forma oficial a los agentes, habiendo de considerarse tal supuesto como exceso intensivo.

3.3.- Incidencia de la imprudencia sobre elementos esenciales y sobre elementos accesorios de la eximente:

Como hemos planteado al inicio de este apartado, otra de las posibles causas de ausencia de algún elemento esencial es que éste quede anulado por una falta de cuidado del agente, en cuyo caso no estaríamos ante un supuesto doloso sino ante una actuación imprudente.⁶⁹⁰ Esto ocurre por ejemplo cuando se produce una falta de cuidado en la actuación del agente en el transcurso de

los componentes de las FCS, a los que se asignará la munición correspondiente por normativa reglamentaria por parte de cada Cuerpo, exceptuando a los Cuerpos de Policía Local y sus auxiliares cuya asignación viene establecida en el artículo 136 b) del mismo texto, donde se prevé la autorización anual para asignar a este Cuerpo, de la correspondiente munición de dotación oficial y la que se vaya a utilizar en los ejercicios de tiro. Para el resto, y a modo de ejemplo, en el caso de la Guardia Civil esta asignación tradicionalmente ha sido establecida por la propia Dirección General del Instituto armado a través del Área de Apoyo Logístico de Estado Mayor (en la actualidad esta función corresponde al Mando de Operaciones de la D.G.G.C., según dispone el artículo 10 de la ya citada Orden General de dicho Cuerpo nº 8 de 24 de septiembre de 2015, que regula el Sistema de Intervención Operativa (SIO) de la Guardia Civil), que ha ido introduciendo munición de diferentes calibres como 7,62 mm, 5,56 mm, 9 mm Parabellum, etc, toda ella con características no letales ya que están diseñadas para atravesar el cuerpo sin causar otros daños colaterales, como los causados por la munición que se deforma una vez impacta con cualquier obstáculo, munición explosiva, y otras.

⁶⁹⁰ No hay que olvidar que la reforma penal de 2015 introduce la modalidad de imprudencia menos grave. Vid. en este sentido LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8600, 2015, pp. 1 a 11.

una actuación policial que causa un daño. Piénsese en el caso de un agente que efectúa un disparo al aire para disuadir al que huye e impacta en el sujeto o en un tercero, o bien en los casos en que se procede al cacheo de una persona con una mano mientras en la otra se sujeta el arma montada y se produce un disparo. Como señala CÓRDOBA RODA, en estos supuestos *“deberá averiguarse si la conducta del agente se llevó a cabo con el cuidado debido. En caso afirmativo, procederá excluir la responsabilidad penal”*.⁶⁹¹ El problema surge cuando se llega a la conclusión de que el agente ha sido negligente en dicho cuidado. ¿Se aplicaría únicamente el delito imprudente? ¿Podría aplicarse la eximente incompleta al faltar un elemento esencial de la causa de justificación? ¿Cómo se castigarían? ¿Y si la falta de cuidado no produce ningún resultado lesivo? A todos estos interrogantes trataré de dar respuesta en las páginas siguientes.

El Tribunal Supremo tradicionalmente ha venido negando la posibilidad de aplicar la eximente incompleta en supuestos de imprudencia a partir de la STS de 3 de mayo de 1985, que basa dicha postura en el siguiente motivo:

“la imprudencia es forma de culpabilidad que, al ser delictiva, rebasa los límites de la licitud requerida por la eximente”.

Este argumento se completa con el aludido en la STS de 23 de julio de 1987, que también sobre un supuesto de imprudencia se argumenta lo siguiente:

“la conducta imprudente del acusado no podía quedar bajo el amparo que ofrece dicha causa de exención, ya que al hacer uso del medio de fuerza elegido, en principio justo, infringió elementales normas de cuidado, circunstancia, por otra parte, que como dice la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1985 (RJ 1985\2437) con cita de otra de 3 de enero de 1962 (RJ 1962\127), si bien tal eximente en relación con delitos culposos pocas veces ha tenido ocasión de ocuparse, sin embargo, para que pudiera operar, sería preciso que el agente de una infracción culposa hubiese obrado en el estricto marco de sus atribuciones o funciones no sólo reglamentarias sino también las determinantes y apropiadas en el caso concreto, y al ser la imprudencia, una forma de culpabilidad, delictiva, por tanto, rebasaría los límites de la licitud”

⁶⁹¹ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 230.

requerida por la eximente dicha, por todo lo que, es incuestionable la desestimación del motivo”.

Puede apreciarse que la razón que esgrime el Alto Tribunal para no aplicar la eximente se basa en que la imprudencia es una forma de culpabilidad y considera que esta ilicitud que se deriva de dicha actuación culposa es incompatible con una correcta actuación policial que no puede atender a conductas en las que concurra algún modo de actuación ilícita.⁶⁹² Pero hay que advertir que esta postura no puede sostenerse si tenemos en cuenta el análisis que sobre la aplicación de la eximente incompleta hemos venido haciendo en este estudio. Hemos visto, en efecto, cómo el Tribunal Supremo aplica esta forma atenuada a supuestos dolosos que suponen supuestos mucho más graves que los imprudentes y en los que por tanto, en buena lógica, con mayor razón “se rebasarían los límites de la licitud requerida por la eximente”. Esta misma idea es la que han resaltado algunos autores como OLMEDO CARDENETE al señalar que *“la exigua fundamentación que hasta ahora venía utilizando el T.S. para negar su aplicabilidad a los delitos imprudentes («la imprudencia, es forma de culpabilidad que, al ser delictiva, rebasa los límites de la licitud requerida por la eximente»), carecía de sentido si se estimaba sin ningún tipo de reparo en los delitos dolosos, pues el dolo es también una forma de culpabilidad (o si se quiere, un elemento subjetivo del tipo penal) que, además, es mucho más grave que la imprudencia”.*⁶⁹³

Además de señalar que es incompatible la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber en supuestos imprudentes, el Tribunal Supremo también ha destacado en algunas resoluciones que aplica el delito imprudente por existir una clara desproporción en los medios utilizados, es decir, por faltar el requisito de necesidad en concreto de la violencia, recurriendo a esta

⁶⁹² Este sigue siendo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, como puede apreciarse en STS 80/2007, de 9 de febrero, aunque existen resoluciones aisladas que rompen esta línea jurisprudencial como las SSTS 828/2013, de 6 de noviembre (en este caso se aplica la imprudencia y sobre ella la eximente incompleta); 2135/1994, de 7 de diciembre y 192/1997, de 14 de febrero, que aplican la eximente incompleta en un supuesto de exceso cometido por imprudencia.

⁶⁹³ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 564.

solución en lugar de apreciar la eximente con incompleta, tal y como viene siendo habitual.⁶⁹⁴ En este sentido podemos citar la STS 1157/2014, de 18 de junio, referida a la actuación de un agente de policía que se dirigió a un bar donde se encontraba un sujeto, con el objeto de evitar el ruido excesivo que éste y su compañero estaban causando, negándose éste último a identificarse, pese a tener la documentación y manteniendo una "*conducta chulesca*" hacia los agentes. El recurrente, agente de la policía local y dicho sujeto, se enzarzaron en una discusión en el transcurso de la cual el agente empujó a aquél contra una máquina tragaperras y lo tiró al suelo procediendo a continuación a su detención. El agente resultó lesionado con traumatismo en la región escapular y torcedura de un dedo, y el detenido resultó lesionado con fisura de la cabeza del quinto metacarpiano de la mano derecha precisando de férula de yeso. La actuación del recurrente fue calificada por el Tribunal de instancia como constitutiva de una falta de lesiones imprudentes, cuya resolución fue confirmada por el Tribunal Supremo, en los siguientes términos (se resaltan en negrita los argumentos de interés):

*“no cabe apreciar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7 del Código Penal, porque **la violencia ejercida por el agente contra Bernardo fue desproporcionada**. La desproporción se observa en el sentido expresado en los hechos probados, en donde se dice que el recurrente se enzarzó en una discusión, y "empujó" a Bernardo, para luego tirarlo al suelo. Es decir, dicha actividad no es compatible con la sujeción o retención que debe mediar en una actuación policial. La situación que originó la intervención policial fue el control del ruido en un establecimiento, la actitud de Bernardo parece que no fue colaboradora, pese a ello, la actuación policial con el resultado lesivo de rotura ósea, **resultó excesiva y por ello imprudente**, de modo que no cabe aplicar la eximente pretendida”. (La negrita es añadida).*

Podemos apreciar que el relato de los hechos describe una situación en la que el resultado que se produce no es el deseado por el agente, si bien la actuación sí es intencionada, aunque en este caso se resuelva en clave de delito imprudente.

En un sentido parecido, la STS 922/1998, de 8 de julio, referida a un caso en el que un vigilante de seguridad, al objeto de desalojar el local en el

⁶⁹⁴ Este tipo de resoluciones suponen, por tanto, una excepción a la línea jurisprudencial asentada de aplicar la eximente incompleta en el caso de faltar la necesidad en concreto de la violencia como aquí ocurre.

que prestaba servicio, golpea de forma “*súbita y violenta*” a un sujeto en la cara, provocándole la muerte. La Audiencia Provincial de León condenó al vigilante por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, siendo confirmada esta resolución por el Tribunal Supremo, que en relación con la calificación jurídica como delito imprudente alude a los siguientes razonamientos:

*“Respetando la narración histórica de los acontecimientos se observa la concurrencia de todos los elementos que exige la estructura del delito imprudente, es decir: a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) Que esa voluntad se proyecte sobre la acción inicial y no sobre el resultado, no querido en la culpa; c) Que la conducta sea racionalmente peligrosa; d) Producción de un resultado dañoso no directamente querido y e) Relación de causalidad entre la acción y el resultado. Todos estos componentes del tipo imprudente parecen perfectamente delimitados en la descripción de los hechos probados al constatarse que el acusado, persona fornida que había practicado durante varios años ejercicios en gimnasio, boxeo y full-contact, **actuó sin el debido cuidado y diligencia, despreocupándose de los riesgos que podían derivarse de un golpe dado en la cara que podía perfectamente derribar a su antagonista al suelo originándole cualquier contusión por el contacto con una superficie dura**”. (La negrita es añadida).*

Del mismo modo, y respecto de la no aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber señala lo siguiente:

“se han utilizado abusivamente las funciones necesarias para desalojar a los clientes que se negaban a cumplir con la hora de cierre”.

En esta última resolución el Tribunal Supremo analiza por un lado la imprudencia cometida, y por otro, la posible aplicación de la eximente prevista en el artículo 20.7ª CP, si bien puede apreciarse que en ambos casos se apoya en el hecho de la desproporción utilizada por el acusado, al igual que lo hace en la resolución citada anteriormente. Es importante resaltar aquí que, aunque no se menciona expresamente, el TS es reticente a la aplicación de la eximente en supuestos imprudentes, a pesar de que la actuación pueda estar incluida en un caso de exceso intensivo, que como ya hemos dicho, podría incardinarse en un caso de eximente incompleta.⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ En este mismo sentido puede verse la STS 1050/1995, de 30 de enero, referido a un supuesto de uso inmoderado de aerosol de gas en lugar cerrado contra un detenido; o la STS 1648/1993, de 2 de julio, donde un agente de policía dispara contra un delincuente que huye causándole la

Del mismo modo, también se ha producido cierto debate entre la doctrina a la hora de determinar si es posible aplicar la eximente en el caso de una conducta imprudente del agente, y por otro, y partiendo de que sí es posible, cuál debería ser su castigo. En relación al primero de los problemas apuntados hay que decir que una parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de poder aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber en supuestos imprudentes,⁶⁹⁶ pese a que como hemos visto la línea del Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente contraria a ello. Entre los argumentos que se utilizan en apoyo de esta postura podemos citar a MIR PUIG, que ha señalado que la eximente puede apreciarse tanto en tipos dolosos como imprudentes *“tanto si el sujeto que emplea la fuerza causa voluntariamente un mal que le obliga su deber (dolo típico), como si no quería producir una lesión tan grave como la que pretendía (quería herir en las piernas y causa la muerte del que huye)”*. Este autor añade que es necesario, aunque hay que considerar que a veces no es posible, un comportamiento *ex ante* diligente, y si esto es así, es indiferente que el resultado producido *“sin la voluntad del sujeto”* sea excesivo.⁶⁹⁷ Por tanto se destaca que pese a que haya habido un desvalor de resultado, no existe un desvalor de acción. En este sentido también se ha pronunciado OLMEDO CARDENETE, al decir que *“la presencia de la necesidad en abstracto del uso de la violencia policial, refleja un menor contenido de injusto que legitima parcialmente el recurso a la coacción pública. El interés que representa la obligatoriedad de los funcionarios de velar por el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104 CE), hace que el comportamiento desarrollado*

muerte, alegando el Alto Tribunal una *“notoria extralimitación en el cumplimiento de las funciones ejercidas”* y *“falta de adopción de las más elementales precauciones que aconseja una diligencia normal”*.

⁶⁹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 499; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 200; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 168-169; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 564. En contra de su aplicación y por tanto defensores de su castigo como delito imprudente tal y como lo hace el Tribunal Supremo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 326;

⁶⁹⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 499.

por el agente aparezca justificado en parte. El desvalor objetivo del hecho causado es ciertamente inferior". Añade este autor que el hecho de que el resultado sea a título de imprudencia y no de dolo determina un menor contenido de culpabilidad.⁶⁹⁸

Por tanto, y del mismo modo que lo hacen estos autores, considero que es perfectamente posible la aplicación de la eximente en supuestos de imprudencia, ya que como ocurre en los casos en que falta un elemento de la causa de justificación por voluntad de su autor, es decir mediando dolo, también es posible que ello ocurra por imprudencia. Desde este punto de vista, hay que distinguir si la negligencia del agente determina que falle el elemento esencial o el elemento accesorio, por cuanto sus consecuencias serían diferentes en uno y otro supuesto.

Esta última afirmación nos introduce en la segunda problemática apuntada, referida a cómo debería castigarse la conducta imprudente del agente que finaliza con un resultado lesivo. Sobre este asunto ya había señalado CÓRDOBA RODA, que en estos casos podría producirse una vulneración del principio *ne bis in idem*, por cuanto se estaría valorando un mismo hecho a la hora de determinar el castigo a imponer ya que la pena estaría rebajada por ser imprudente y al mismo tiempo se volvería a rebajar por aplicación de la eximente.⁶⁹⁹ A fin de salvar la vulneración de dicho principio, CEREZO MIR propone la aplicación de la eximente incompleta pero partiendo del delito doloso.⁷⁰⁰ En mi opinión, es perfectamente posible la aplicación de la atenuación de la pena como eximente incompleta partiendo de la sanción correspondiente al delito imprudente. Ello no implica infringir el principio *ne bis in idem* que explica cada una de dichas rebajas, por cuanto el fundamento de la pena es diferente. En primer lugar, se aplicaría la pena correspondiente al delito imprudente, por cuanto no existiría intención de causar el resultado y solo

⁶⁹⁸ OLMEDO CARDENETE, M., "Artículo 20.7", en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 564-565.

⁶⁹⁹ CÓRDOBA RODA, J. *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo, 1966, pp. 311 y ss.

⁷⁰⁰ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, pp. 114 y ss.

se produciría una infracción del deber de cuidado lo que justificaría que la pena fuera menor. Posteriormente, y en el caso de que dicha negligencia recayera sobre un elemento accesorio de la eximente incompleta con la consiguiente atenuación de la pena, partiendo para ello de la pena. En el mismo sentido se ha pronunciado SÁNCHEZ GARCÍA, al mostrarse partidaria de *“la apreciación de la atenuación por justificación incompleta en los casos de exceso intensivo culposo”*, justificando esta postura en que *“la disminución de la gravedad de la pena que tiene lugar del dolo a la culpa, se fundamenta en datos subjetivos, ya se estimen formas diferentes de culpabilidad (...). La atenuación por ausencia de un elemento secundario de la causa de justificación se apoya, en cambio, en datos objetivos, que apuntan a una menor antijuridicidad material”*.⁷⁰¹

Por lo tanto, podemos concluir diciendo que en los supuestos que se vienen analizando es posible aplicar la eximente incompleta partiendo para ello de la pena del delito imprudente puesto que la doble rebaja de la pena que ello implica (respecto del delito doloso no justificado) responde en cada caso, como se ha visto a un fundamento distinto.⁷⁰² Esta cuestión punitiva tiene mucho que ver también con la posibilidad de que el delito de que se trate acoja su forma imprudente, por cuanto no todos los delitos prevén la forma imprudente de comisión.⁷⁰³

En este sentido también es interesante analizar la STS 828/2013, de 6 de noviembre, referida a un supuesto en el que un agente policial dispara

⁷⁰¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit*, pp. 168-169.

⁷⁰² En este punto hay que decir que la pena del delito imprudente viene establecida expresamente en el artículo concreto que regula dicha posibilidad de comisión, que supone una rebaja considerable con respecto a su modalidad dolosa. Como ejemplo puede citarse el delito de homicidio previsto en el artículo 138 CP que posee una pena de prisión de 10 a 15 años y que en su forma imprudente, artículo 142 CP, prevé una pena de prisión de 1 a 4 años. Por su parte, las circunstancias atenuantes, como la eximente incompleta del artículo 21.1ª, que venimos mencionando, prevén la aplicación de la pena rebajada en uno o dos grados según las reglas contenidas en el artículo 68 CP. Por lo tanto, y partiendo del delito de homicidio, las penas de prisión correspondientes a todos estos supuestos serían: 10 a 15 años para el delito doloso; 1 a 4 años para el delito imprudente, 5 a 10 años, para la eximente incompleta del artículo 21.1ª (que puede ser también, en caso de rebajarse dos grados, de 2 años y 6 meses a 5 años). Puede apreciarse que la penalidad es muy inferior a la básica en el delito imprudente y en el delito intentado.

⁷⁰³ El artículo 12 CP establece que: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*.

contra un vehículo cuyo conductor había intentado atropellarle al intentar identificarlo causándole lesiones al conductor al desfragmentarse el proyectil una vez impactó contra zonas metálicas del coche. En este caso la Audiencia Provincial de Oviedo condenó al policía por un delito de lesiones imprudentes, aplicando sobre ella la atenuante analógica recogida en el artículo 21.7ª CP. El TS, aunque efectúa una leve variación de la pena, confirma dicha calificación jurídica, condenando al agente de policía, como autor de un delito de lesiones por imprudencia previsto en el artículo 152.1.3º en relación con el artículo 150, con la concurrencia de la atenuante del artículo 21.7ª en relación con el artículo 21.1ª, a la pena de prisión de seis meses,⁷⁰⁴ utilizando para ello los siguientes argumentos:

*“1. En la sentencia se aprecia la concurrencia de la atenuante analógica del artículo 21.7ª, en relación con la eximente de cumplimiento de un deber, con cita del artículo 21.1ª. La cuestión que se plantea en el motivo pretende su aplicación como eximente completa, aunque en defecto de la eximente, también completa, de legítima defensa. La argumentación del recurrente descansa en la afirmación fáctica de haber actuado como reacción a una agresión ilegítima, es decir, parte de unos hechos distintos de los que el Tribunal de instancia ha declarado probados. Como hemos señalado más arriba, esta vía de impugnación no permite la alteración del relato fáctico. Y en el que se consigna en la sentencia impugnada, **la reacción del recurrente tiene lugar cuando la agresión ilegítima había ya finalizado**. Efectivamente, había existido, en la forma de intento de atropello con un vehículo, pero el recurrente dispara su arma contra el vehículo cuando Hermenegildo, conduciéndolo, ya "circulaba hacia delante para marcharse de allí". Es decir, que la agresión ya había finalizado, de forma que la defensa ya no era necesaria, lo que impide la aplicación de la eximente completa o incompleta. 2. En cuanto a la eximente de cumplimiento de un deber, no se contiene en el motivo una argumentación específica que abone la apreciación de la exención total. De todos modos, la causa de justificación alegada requiere la conformidad a derecho de la actuación policial, y para ello es preciso que se hayan respetado los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, que establece el art. 5.2. c) de la LO 2/1986 (RCL 1986, 788) , como presupuesto. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ha requerido, además de otros requisitos, que "... el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados ", y que "... la utilización de la fuerza sea proporcionada ", (STS nº 882/2010 (RJ 2010, 7849)). El apartado b) del mismo precepto limita el uso de las armas a aquellos casos en los que " exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, en aquellas*

⁷⁰⁴ En este sentido pueden verse la Consulta de la FGE 1/1997, de 19 de febrero, sobre “Determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de alguna eximente incompleta en el nuevo Código Penal” y Consulta FGE 2/1997, de 19 de febrero, sobre “Determinación de la pena ante la concurrencia de varias atenuantes o una muy cualificada”.

*circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior ", ya citados. Por otro lado, se ha señalado (STS nº 277/2004 (RJ 2004, 1761)) que esta eximente requiere "... según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias 1284/99, de 21 de septiembre (RJ 1999, 7385) , 1682/2000, de 31 de octubre (RJ 2000, 9166) y 601/2003, de 25 de abril (RJ 2003, 5247) , los siguientes requisitos, sintéticamente expuestos: a) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; b) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados; c) que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y d) que concorra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza ". En el caso, como bien argumenta el Ministerio Fiscal, **ni había auténtica necesidad de actuar con violencia, ni la actuación fue debidamente proporcionada a las circunstancias del caso, por lo que no cabe apreciar la eximente completa o incompleta que pretende el recurrente**". (La negrita es añadida).*

En este caso, y teniendo en cuenta que la pena prevista para el delito de lesiones imprudentes prevista en el artículo 152.3 CP es la de prisión de seis meses a dos años, en el caso de que afectare a órganos no principales tal y como se recoge en el artículo 150 CP, la pena finalmente aplicada es la correspondiente al límite mínimo de la mitad inferior (que abarca de 6 meses a 1 año y 3 meses), tal y como determina el artículo 66.1º CP, precisamente por aplicarse conjuntamente el delito imprudente y la atenuante del artículo 21.7ª en relación con la 21.1ª, ambas del CP. En esta resolución no se aplica la eximente incompleta, porque falta el elemento esencial (necesidad en abstracto de la violencia), sino la atenuante de análoga significación.

Es interesante esta vía o solución, que supone crear un nuevo escalón atenuatorio para este tipo de supuestos: eximente completa, eximente incompleta, atenuante de análoga significación (para los casos en los que se incumple el elemento esencial de la eximente, pero aun así el tribunal considera que es un supuesto cercano o parecido a aquéllos en que sí se cumpliría el elemento esencial).

PARTE III – OTRAS CUESTIONES

**CAPÍTULO V – TRATAMIENTO DEL ERROR Y DEL CONCURSO
ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

SUMARIO

1.- Posibilidades de error.

2.- Concurso con otras causas de justificación:

2.1.- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. legítima defensa.

2.2.- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. estado de necesidad.

2.3.- Obediencia debida.

a) Su vinculación con al eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

b) Análisis de un supuesto especial consecuencia de la obediencia debida: la doble sanción penal y disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

CAPÍTULO V – TRATAMIENTO DEL ERROR Y DEL CONCURSO ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1.- Posibilidades de error.

Al hilo de los razonamientos expuestos en el epígrafe anterior y tal y como decíamos en el mismo, el error es una categoría jurídica que supone la existencia de los presupuestos objetivos de justificación únicamente en la mente del autor, puesto que éstos no se dan en la realidad. Es por ello por lo que hemos decidido su análisis independiente del anterior, aunque eso sí, puede producir los mismos resultados: la rebaja de la pena o la eliminación del castigo dependiendo de si dicho error es vencible o invencible.

En términos generales, y como punto de partida para el asunto que nos interesa, puede decirse que la doctrina distingue entre error de tipo y error de prohibición, nueva denominación del ya superado «error de hecho» y «error de Derecho» con el que se conocían⁷⁰⁵, correspondiendo al primero los casos en los que el sujeto desconoce alguno o todos los elementos del tipo de injusto y al segundo los supuestos donde se desconoce que la conducta que se está realizando esté prohibida. El error de tipo, referido al hecho, excluye el dolo, lo que no ocurre en el caso de error de prohibición que, referido a la valoración como ilícito, se sitúa en el ámbito de la culpabilidad. Suele ser recurrente como ejemplo del error de tipo el supuesto consistente en el cazador que dispara a un matorral suponiendo que es una pieza la que se mueve cuando en realidad era una persona. En este caso, el sujeto desconoce que está matando y por

⁷⁰⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 279, nota 91, señala sobre esta nueva denominación que en España se halla generalizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, si bien algunas resoluciones judiciales siguen aludiendo a aquélla, como la STS 922/1998, de 8 de julio, que se refiere al error en estos términos. Según MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 566, “esta terminología anterior se halla superada porque dentro de la problemática del error de prohibición no entra la del desconocimiento de elementos normativos jurídicos previstos por el tipo; no todo elemento «de Derecho» afecta al tema del error de prohibición, sino que los elementos normativos jurídicos descritos en el tipo plantean la misma problemática que el «error de hecho», por lo que el error sobre cualquier elemento del tipo, ya sea descriptivo, o normativo, ya sea de hecho o de Derecho, debe tratarse de forma unitaria, como error de tipo. A él se contraponen el error sobre el estar prohibido del hecho (error de prohibición)”. Sobre este asunto también se ha pronunciado LUZÓN PEÑA, D.M., “El error sobre causas de justificación: Algunas precisiones (Comentario a la STS 10-5-1989)”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, número 2, 1993, pp. 139-142.

tanto que está cometiendo un delito de homicidio. Como ejemplo del error de prohibición puede citarse el caso de quien dispara contra un delincuente que huye creyendo que la ley lo permite, puesto que conoce que matar es un delito pero cree que hacerlo en este caso no está prohibido. Del mismo modo el error puede recaer sobre los elementos esenciales o sobre los elementos accidentales del tipo, y cada uno de estos supuestos puede desembocar que nos encontremos ante un error vencible (que hubiera podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado) o invencible (el que no hubiese podido evitarse ni siquiera con la diligencia debida). A partir de este planteamiento, el resultado de aplicar una u otra clase de error es diferente. En el caso del error invencible en una u otra modalidad, su consecuencia será la de la exclusión de la pena. En el caso de aplicar el error de tipo vencible, éste dará lugar al delito imprudente, siempre y cuando el Código Penal recoja esta conducta, y ante un supuesto de error de prohibición vencible se aplicará la rebaja de la pena en uno o dos grados.⁷⁰⁶ A su vez, el error de prohibición puede contemplar dos modalidades, que la propia STS 17/2003, de 15 de enero, menciona de la siguiente forma:

*“La doctrina científica (también la jurisprudencial) viene estableciendo ciertas distinciones dogmáticas, relativas al **error** acerca de la significación antijurídica de la conducta. Puede ser: a) **Directo**, cuando el autor ignora la desvalorización que el derecho atribuye al hecho cometido. b) **Indirecto**, cuando conociendo la desvalorización del derecho el sujeto cree erróneamente que se halla desvirtuado por la concurrencia de una causa de justificación. Dicho error indirecto puede, a su vez, versar: –sobre la virtualidad justificante de una determinada situación de hecho, es decir, sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación. –sobre la concurrencia de los hechos que determinan la justificación. Son de todos conocidas las teorías que se han ensayado sobre esta materia (teoría del dolo y de la culpabilidad), con las divergentes consecuencias respecto al error vencible de prohibición”. (La negrita es añadida).*

⁷⁰⁶ La regulación del error viene establecida en el artículo 14 del Código Penal, correspondiendo los apartados 1 y 2 al error de tipo y el número 3 al error de prohibición, cuyo tenor es el siguiente: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

Así puede apreciarse, como ya hemos mencionado anteriormente en este mismo epígrafe, que en algunos casos el error de prohibición también se proyecta, como lo hace el error de tipo, sobre «hechos», si bien relacionados con la situación justificante, no con los elementos del tipo. En este sentido, algunos autores plantean la posibilidad de que el error de prohibición indirecto se sitúe en una línea intermedia entre el error de tipo y el propio de prohibición por cuanto puede contener elementos de ambos.⁷⁰⁷

Por último señalar que es posible también otro caso, referido a la suposición errónea de que concurre algún elemento esencial del tipo de injusto, lo que nos situaría ante el «error al revés», y que podría dar lugar a la tentativa inidónea.⁷⁰⁸

Así las cosas, trasladando esta estructura a los supuestos de error sobre las causas de justificación en general⁷⁰⁹, hay que decir que la regulación que del error se establece en el artículo 14 del Código Penal, proviene de la reforma operada en 1983, donde se reguló de forma similar a como lo hace el Código Penal alemán, y donde también, junto al caso español, debido a que no había ni consenso ni claridad era preferible que no quedara determinado expresamente en la ley y dejar que la doctrina y la jurisprudencia prosiguieran su discusión acerca de la clase de error que debe estimarse correcta con respecto a las causas de justificación.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ LACABA SÁNCHEZ, F., “Los límites de la culpabilidad”, en *Diario La Ley*. Tomo 5, 1999, p. 8.

⁷⁰⁸ Vid. por todos, MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, por lo que respecta al error de tipo en pp. 276 y ss, y para el error de prohibición en pp. 563 y ss.

⁷⁰⁹ Puede consultarse la extensa monografía referida a este asunto por parte de TRAPERO BARREALES, M.A. *El error en las causas de justificación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁷¹⁰ Así lo ha señalado, entre otros muchos, LUZÓN PEÑA, D.M., “El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (comentario a la STS 10-5-1989)”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, número 2, 1993, p. 137. Sobre la evolución de la regulación del error en el Código Penal español hasta llegar a la regulación actual, vid. CEREZO MIR, J., “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, *ADPCP*, 1985, pp. 277-284 y del mismo autor “Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983”., en *Diario la Ley*. Tomo 1, 1988, pp. 1017 y ss; GARCÍA VITORIA, A., “Tratamiento del error en el Código Penal español: Algunas observaciones al respecto”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, nº 12, 1987-1988, pp. 147-186.

Como ha señalado SÁNCHEZ GARCÍA⁷¹¹, el hecho de que no exista una regulación precisa del error en las causas de justificación, hace que los diferentes autores defiendan posturas acordes a las tesis sobre el tipo de injusto que estiman más correctas. Así, los seguidores de la **teoría del dolo**, en su doble vertiente estricta o limitada, sitúan el dolo como conciencia de la antijuridicidad en el plano de la culpabilidad y por tanto el error de tipo y error de prohibición reciben un tratamiento similar, al quedar excluida para estos autores la responsabilidad dolosa, por lo que solo cabrá aplicarse en estos casos la imprudencia si el error es vencible.⁷¹² Por otra parte, para los seguidores de la **teoría de los elementos negativos del tipo**, que supone que los presupuestos objetivos de la causa de justificación se constituyen como elementos negativos del tipo, y por tanto su ausencia estando presente el tipo positivo, se considera como acción antijurídica, y así esta falta de los citados elementos da lugar a un error sobre el tipo.⁷¹³ Por último, los partidarios de la teoría de la culpabilidad, se dividen en los que se adhieren a una **teoría limitada o restringida de la culpabilidad** y los que son más afines a una **teoría estricta de la culpabilidad**. Para los primeros (teoría limitada o restringida de la culpabilidad),⁷¹⁴ ante la creencia errónea de hallarse amparado el sujeto por una causa de justificación debe castigarse como delito imprudente, al considerar que el error en este caso es sobre el tipo por estar referido a un dato fáctico perteneciente a la realidad, mientras que para los segundos (teoría estricta de la culpabilidad), que siguen postulados finalistas

⁷¹¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 182 y ss. También se refiere a estas teorías sobre el error MIR PUIG, PG, pp. 565-572 y LUZÓN PEÑA, D.M., “El error sobre causas de justificación: Algunas precisiones (Comentario a la STS 10-5-1989)”...*Opus cit.*, pp. 139-140.

⁷¹² Defienden esta postura COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 510-511; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal”, en *La Ley*, 1980, pp. 1072 y ss.

⁷¹³ Esta tesis es mantenida por MIR PUIG, S., “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español”...*Opus cit.*, p. 1033; LUZÓN PEÑA, D.M., “El error sobre causas de justificación: Algunas precisiones (Comentario a la STS 10-5-1989)”...*Opus cit.*, p. 576.

⁷¹⁴ Esta postura es defendida por TORÍO LÓPEZ, A., “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, San Sebastián, 1984, pp. 110 y ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 184-185.

hasta sus últimas consecuencias, considera que el error se debe castigar a título de dolo y por tanto como un error de prohibición.⁷¹⁵

Así, refiriéndonos de forma sintética a la postura que se mantiene respecto del error en las causas de justificación, podemos decir que la posición de la doctrina está dividida entre los que consideran que el desconocimiento por parte del sujeto de los presupuestos objetivos de justificación debe reconducirse al error de tipo⁷¹⁶ y los que defienden que en estos casos nos encontramos ante un error de prohibición.⁷¹⁷

No obstante, habría que distinguir aquí, como lo hacen algunos autores,⁷¹⁸ que la incidencia del error sobre las causas de justificación puede efectuarse en diversos planos, y así, podemos hablar de *error sobre los*

⁷¹⁵ Siguen esta teoría CERESO MIR, “La regulación del error de prohibición en los delitos monetarios”...*Opus cit.*, p. 277 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*...*Opus cit.*, pp. 197 y ss y 293; MUÑOZ CONDE, F., “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”...*Opus cit.*, p. 1405 y ss; DíEZ RIPOLLÉS, J.L., “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”, en *ADPCP*, 1991, p. 748, nota 116; HUERTA TOCILDO, S., “El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980”, en *CPC* nº 12, 1980, pp. 35 y ss; MAQUEDA ABREU, M.L., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982. Comentario de jurisprudencia”, *Diario La Ley*, 1983, pp. 181 y ss.

⁷¹⁶ Opinan que es error de tipo LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, pp. 473-474; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 499; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 293;

⁷¹⁷ Lo consideran como error de prohibición, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7^a”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 230; MORALES PRATS, F., “Artículo 20.7”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español*...*Opus cit.*, p. 255; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 363; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / MENDOZA BUERGO, B. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Coordinador). *Código Penal*...*Opus cit.*, pp. 228-229; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lección XVIII: Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coordinadora). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, p. 234; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 193 y en su artículo “El abuso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes”...*Opus cit.*, p. 1026; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*...*Opus cit.*, p. 569. Esta discusión acerca de qué clase de error debemos aplicar en estos supuestos también ha sido tratada en la jurisprudencia y así la STS de 9 de marzo de 1993 o la STS de 30 de septiembre de 1994, que elude pronunciarse expresamente sobre qué clase de error debe aplicarse como veremos.

⁷¹⁸ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*...*Opus cit.*, pp. 336-339.

presupuestos objetivos de las causas de justificación (cuando el sujeto dispara porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle); *error sobre los límites de una causa de justificación* (el policía que creía que podía disparar sobre todo el que se saltara un semáforo en rojo), o *sobre la existencia misma de la causa de justificación* (creencia de que se puede defender a la Patria creando un grupo paramilitar). Por último también podemos mencionar el supuesto del denominado «error inverso», que ya vimos en apartados anteriores, y que se produce cuando dicha creencia falsa se dirige hacia el elemento subjetivo de la causa de justificación (el autor dispara contra su enemigo, sin saber que le estaba esperando para matarle) o el referido a un examen conforme a deber muy cuidadoso de la situación previa que provoca la actuación del agente y que sin embargo produce un resultado equivocado, en cuyo caso, como vimos en epígrafes anteriores, también podría resolverse mediante las reglas del error.

Algunos autores defensores de que el error que debe aplicarse en el caso de la creencia equivocada de que concurren los presupuestos de justificación es el error de tipo, basan esta afirmación señalando que *“el error sobre el presupuesto de la justificación consiste también en una falsa representación de la situación prevista en la Ley para que pueda entrar en juego la causa de justificación. No existe aquí un error sobre el ámbito legal de la justificación, es decir, sobre qué conductas están justificadas o, si se prefiere, sobre la norma que justifica el hecho sino que, por el contrario, existe un error sobre la situación que esa norma recoge”*.⁷¹⁹

En sentido contrario, algunos autores que defienden que debe aplicarse el error de prohibición en estos casos, argumentan que *“en el de tipo, el sujeto activo ni siquiera es consciente de que con su comportamiento está llevando a cabo los elementos de aquél. En el de prohibición de carácter indirecto, que versa acerca de la existencia o límites de una causa de justificación, una vez descartada la teoría de los elementos negativos del tipo, el sujeto es consciente de que su conducta es peligrosa o lesiva de un bien jurídico, pero se cree*

⁷¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 293.

amparado por una causa de justificación en el ejercicio de su comportamiento. Precisamente esta circunstancia hace que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación posea un mayor parentesco con el error de prohibición indirecto, puesto que en el primero el agente también cree estar actuando bajo el amparo de la eximente que analizamos".⁷²⁰

Por su parte, SÁNCHEZ GARCÍA, pese a reconocerse expresamente partidaria de aplicar el error de tipo en estos casos,⁷²¹ parece finalizar su exposición mostrándose partidaria de aplicar ambos tipos de error según el caso. Así esta autora señala que *"nos hallaremos ante un error sobre la legitimidad misma, y por tanto, un error de prohibición, cuando el agente de la autoridad detiene al autor de una falta, creyendo que la ley le impone ese deber, desconociendo, pues, el tenor del artículo 495 de la LeCrim. Actúa, en cambio, con error sobre las bases fácticas de la legitimidad, luego con error de tipo, el agente de la autoridad que detiene a una persona en la creencia errónea de que se halla cometiendo un delito, o que se trata de una persona condenada a una pena privativa de libertad y fugada de un establecimiento penitenciario"*.⁷²² Esta misma situación se nos presenta con otros autores que pese a reconocerse partidarios de aplicar el error de tipo al señalar que *"la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, o sea, el supuesto de las causas de justificación putativas propiamente dichas –que no tiene nada que ver con la ignorancia o desconocimiento de la prohibición, pues el sujeto puede conocer perfectamente la existencia y el alcance de las prohibiciones y de las autorizaciones jurídicas-, es un error sobre un componente esencial del tipo de injusto, que en todo caso excluye el dolo"*, unas líneas más adelante afirma que *"en cambio, si el sujeto,*

⁷²⁰ OLMEDO CARDENETE, M., "Artículo 20.7", en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 569. De interés en este punto el trabajo de MANZANO SOUSA, M., "Tres muertes en el Peñón. El éxito de la Operación Flavius. Comentarios a la sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de diciembre de 1995 (Caso McCann y otros contra Reino Unido)", en *Diario La Ley*. Tomo 2, 2000, pp. 24 y ss., donde el autor analiza el error de prohibición en la conducta de los agentes que causaron la muerte de unos supuestos miembros del IRA en Gibraltar

⁷²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, pp. 184-185.

⁷²² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad... Opus cit.*, p. 189.

*conociendo correctamente la situación objetiva, cree equivocadamente que le ampara una causa de justificación inexistente en el ordenamiento o que una causa de justificación realmente admitida tiene unos límites más amplios que los legalmente reconocidos, es decir, en casos de error –directo- sobre la existencia o alcance de una causa de justificación, sí que estamos ante errores de prohibición, que no excluyen el dolo, sino que sólo afectan a la culpabilidad”.*⁷²³

Se pronuncia en esta misma dirección desde el inicio de su exposición TRAPERO BARREALES, que admite *“la teoría de los elementos negativos del tipo; la ausencia de las causas de justificación y de atipicidad penal forma el tipo negativo”*, y pocas líneas después defiende que *“el error de tipo se presentará en aquellos casos en los que el sujeto erróneamente considere que concurren los presupuestos objetivos constitutivos de una causa de justificación (o de atipicidad penal), al tratarse de un error sobre el tipo negativo. Y estaremos ante un error de prohibición cuando el sujeto yerre sobre la valoración jurídica de la conducta realizada, con conocimiento exacto de la situación objetiva en la que se dispone a actuar”.*⁷²⁴

En cuanto al castigo que puede aplicarse al error de prohibición, señala OLMEDO CARDENETE que si el error es vencible se puede castigar como delito imprudente, lo que *a priori* podría suponer ir en contra de la regulación contenida en el artículo 14.3 CP que establece la rebaja en uno o dos grados de la pena y por otra parte supone un riesgo evidente al ser posible que el delito que deba castigarse no contemple la forma imprudente, si bien compartimos, que en estos supuestos la víctima no debe soportar estos errores del agente. Este autor resuelve esta aparente contradicción señalando que existen supuestos donde esta posibilidad se contempla de forma específica como en delito contra los recursos naturales previsto en el artículo 331 del Código Penal que permite la rebaja de la pena en supuestos de imprudencia

⁷²³ LUZÓN PEÑA, D.M., “El error sobre causas de justificación: Algunas precisiones (Comentario a la STS 10-5-1989)”...*Opus cit.*, pp. 140-141.

⁷²⁴ TRAPERO BARREALES, M.A. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*...*Opus cit.*, pp. 39 y 40.

grave, y aludiendo a que el artículo 14.3º CP no impone una teoría de la culpabilidad sino que simplemente establece una regla penológica.⁷²⁵

Otros aspectos relacionados con esta problemática que pueden citarse respecto del error son los referidos a la exención de pena para los partícipes en el caso de considerar justificada la conducta aun sabiendo que el autor incurría en un error, que en el caso de aplicarse el error de prohibición y por considerarse que la conducta es antijurídica permite el castigo de los partícipes.

En este punto es importante señalar, como lo hace MUÑOZ CONDE, las posibles derivaciones que tiene mantener una u otra postura, y así, si se defiende la tesis de aplicar el error de tipo, ello tendría las siguientes consecuencias: *“1.ª Al faltar, en caso de error invencible, el tipo de injusto de un delito, el hecho realizado en error no podría en ningún caso ser considerado como un hecho antijurídico, con lo que, por ejemplo, no cabría legítima defensa frente a él, teniendo el tercero, víctima del error, que soportar el hecho como si de un hecho lícito se tratara. El cliente que, por su parecido físico extraordinario con un atracador, es tiroteado por el comerciante que creyó erróneamente que iba a ser de nuevo asaltado, no podría siquiera defenderse legítimamente porque el error invencible del comerciante afectaría a la propia relevancia típica de su acción. 2.ª No sería tampoco punible la participación de un tercero que, conociendo el error sobre los presupuestos de las causas de justificación del autor principal, contribuya de algún modo a su hecho. En el caso anterior del comerciante que dispara contra el cliente, confundiéndole con un atracador, la cajera que conoce la verdadera situación, pero que, por venganza o enemistad con el cliente, no advierte al comerciante de su error e incluso le alcanza la pistola, debería quedar, conforme a los principios de accesoriedad de la participación y de la existencia de dolo en el autor principal, impune. 3.ª Tampoco sería punible ni posible la tentativa si el resultado no se produce,*

⁷²⁵ El artículo 331 CP establece que: *“Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia”*. También defiende esta postura de atribuir al contenido del artículo 14 CP una regla penológica, MIR PUIG, S., *“El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español”*... *Opus cit.*, pp. 1033 y ss.

pues ésta, como es sabido, exige el dolo. Si en el caso anterior el cliente no es alcanzado, el comerciante, aunque actuara con error vencible, quedaría impune, pues en los hechos imprudentes no es punible la tentativa”. En sentido contrario, en caso de defender la aplicación el error de prohibición “las consecuencias son completamente distintas si se considera que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación en ningún caso afecta al dolo típico, dejando, por tanto, intacto el tipo de injusto del delito en cuestión. Es decir, cabría, en el caso del comerciante antes citado, reaccionar en legítima defensa frente a su error; la cajera respondería por complicidad, cooperación necesaria o por inducción, en el hecho doloso del comerciante, y, en caso de que éste no consumara su propósito de matar o lesionar al cliente, cabría apreciar tentativa del correspondiente tipo de injusto doloso del delito en cuestión”.⁷²⁶

Las consecuencias que desde el punto de vista político-criminal posee asumir esta postura queda así expuesta de forma clara. Estos argumentos, junto a razones dogmáticas a las que se hará mención posteriormente, hacen que a mi juicio deba defenderse la aplicación del error de prohibición en estos supuestos.

Por su parte, la postura actual que sigue la jurisprudencia en materia de causas de justificación es la de aplicar el error de prohibición, aunque con algunos matices.⁷²⁷ Como hemos visto, la reforma operada en 1983 (artículo 14 CP en la regulación actual), introdujo unas reglas para la determinación de la pena que establecían que en el caso de error de tipo vencible el delito sería castigado como imprudente, y en caso de ser error de prohibición vencible

⁷²⁶ MUÑOZ CONDE, F., “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”, en *Diario La Ley*, 1991, p. 1046.

⁷²⁷ Aunque como pusieron de relieve CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, pp. 382 y ss y GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)...Opus cit.*, pp. 24 y ss., el Tribunal Supremo aplicaba la eximente completa en supuestos donde se había producido un error sobre los elementos esenciales de dicha eximente. Posteriormente, a partir de la STS de 21 de enero de 1969, se abandonó esta línea jurisprudencial, aplicando el error de prohibición en estos casos, que sería castigado como imprudencia en casos de error vencible, tal y como viene haciendo actualmente en algunas ocasiones.

procedería rebajar la pena en uno o dos grados, si bien, como veremos a continuación, el Tribunal Supremo aplica en algunos supuestos el error de prohibición pero aplica las reglas del error de tipo en casos de considerarse vencible y por tanto se castiga como imprudente.

Hay que decir, que aunque la STS 17/2003, de 15 de enero, se pronuncia al respecto diciendo que en los últimos tiempos viene aplicando en estos casos el error de prohibición con rebaja de uno o dos grados en la pena, tal y como exige el artículo 14.3º CP,⁷²⁸ podemos apreciar un tratamiento diferente en otras resoluciones, y así, la STS 80/2007, de 9 de febrero, referida al supuesto de un agente que estaba cacheando a un individuo, al que suponía un terrorista, con una mano mientras portaba el arma montada en la otra, y debido a un movimiento efectuado por éste, acciona el gatillo y le dispara provocando su muerte. El agente fue condenado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave, siendo recurrida alegando que actuaba bajo el error de que lo hacía en el cumplimiento de un deber. El Tribunal Supremo confirma la resolución del Tribunal de instancia, en los siguientes términos:

“tampoco se corresponde con la descripción de los Hechos Probados, la pretensión del recurrente en orden a que se declare la concurrencia de un error, del artículo 14.1 del Código Penal, en relación con el 20.7º del mismo Cuerpo legal, por haber efectuado el disparo en la creencia, luego comprobado que errónea, de que su actuar era correcto y acorde con el cumplimiento de sus deberes policiales por enfrentarse a un supuesto terrorista que, instantes antes, había intentado secuestrar al ciudadano al que agredía. Un tal planteamiento, sorprendentemente, habría de partir del reconocimiento por parte de Juan Francisco, de que el disparo fue plenamente intencionado, lo que, como hemos visto, ni se afirma rotundamente en los Hechos declarados probados, ni se corresponde con la motivación contenida en la Resolución de instancia, ni fue objeto, como tal, de acusación ni, en definitiva, parece propio de las pretensiones de la Defensa. Máxime cuando la conclusión punitiva que se alcanzaría por esa vía, es decir, con la calificación de la conducta de Juan Francisco como Homicidio doloso, si bien con la concurrencia de una eximente putativa de ejercicio de profesión o cargo, que reconduciría al régimen legal del error de tipo vencible, contemplado en el artículo 14 del Código, sería, como sabemos, la misma que la correspondiente a la estimación del Homicidio imprudente”.

⁷²⁸ Además de la STS 17/2003, de 15 de enero citada, también aplica el error de prohibición vencible y rebaja la pena en grado tal y como exige el artículo 14.3 CP, la STS 1526/1999, de 2 de noviembre, entre otras.

Puede observarse que en este caso no se aplica el error al estimar el TS a que la conducta del agente no fue dolosa sino imprudente y por ello no cabe aplicar el artículo 14 CP. No se pronuncia sobre qué tipo de error podría aplicarse, pero es destacable la referencia que el Alto Tribunal efectúa a la penalidad por cuanto resalta que el castigo por una u otra conducta sería la misma y por ello sin interés para la defensa. En este sentido, opino, que más allá de que se llegue a la misma conclusión punitiva, no tiene las mismas consecuencias en otros aspectos citados (participación, etc), que la conducta haya sido dolosa o imprudente, y que el error aplicado sea el de tipo o el de prohibición.

La STS 2868/1993, de 21 de diciembre, ya citada anteriores en relación a otros aspectos de la eximente, está referida al caso donde unos agentes de policía detienen a una mujer que no atendió a sus requerimientos de que quitara el vehículo que había aparcado encima de la acera, siendo increpados por ésta, y negándose a identificarse. Pese a que el Tribunal de instancia absolvió a los agentes, el Tribunal Supremo los condena por detención ilegal y lesiones, sin tener en cuenta ni la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP ni el error de prohibición que se alega por la defensa de los policías. El Alto Tribunal efectúa los siguientes argumentos:

“El posible error de prohibición que de esta manera se postula es totalmente inaceptable cuando la propia naturaleza de la profesión que ejercen los inculpados (policías municipales) hace imposible pensar que tal error pudiera producirse, pues una simple infracción administrativa, de carácter, además, muy leve, cual es un momentáneo mal aparcamiento de un vehículo, a nadie puede hacer pensar que tal acción pudiera ser constitutiva de delito, y menos que a nadie a unos agentes de la autoridad cuya preparación y cultura jurídico-penal les obliga necesariamente a distinguir los matices que diferencian una simple infracción de tráfico de una comisión delictiva, y a distinguir también de manera clara, y esto es lo esencial en el caso que nos ocupa, cuando se debe o no proceder a la detención del presunto infractor de la norma. Esa falta de error e indebida exculpación se hace aún más palpable, no sólo por el empleo de una inadecuada violencia, sino también porque probado ha sido y así se dice que la declaración policial efectuada en la comisaría se realizó sin asistencia de letrado al no formularse a la detenida cargos de clase alguna, lo que determinó, sin más, su inmediata puesta en libertad sin ninguna consecuencia inicialmente punitiva. No puede hablarse, por tanto, de error ni vencible, ni invencible, en la actuación de los inculpados, ni, en consecuencia, de falta de intencionalidad o dolo en su ilegal proceder al privar de la facultad deambulatoria a una persona durante un cierto tiempo que ninguna infracción

penal había cometido y que fuera merecedora de la privación (desmesurada) de ese derecho que a todo ciudadano pertenece”.

En esta resolución puede apreciarse que el TS no aplica las reglas del error con base en la infracción leve de tráfico iniciadora del altercado, aunque en este punto, he de decir que en muchas ocasiones situaciones menores (infracciones de tráfico, identificación en controles aleatorios de seguridad ciudadana, etc), dan lugar a que los ciudadanos se nieguen a seguir las instrucciones de los agentes o a identificarse, que siendo éstas persistentes y contumaces, podría derivarse en una infracción penal, incluso la comisión de un delito. En el presente caso, no se ha tenido en cuenta la actitud de la usuaria del vehículo y los comentarios dirigidos a ellos, que a mi juicio sí que podrían constituir un delito de desobediencia. Considero así, que en este supuesto no nos encontramos ante un delito de detención ilegal por parte de los agentes, sin perjuicio de poder aplicarse las reglas del error de prohibición invencible.

Por otro lado, la STS 30 de junio de 1993, también mencionada en este trabajo al hilo de otros aspectos, y referida a los disparos que un agente efectúa contra un peligroso delincuente que se encontraba forcejeando con otros agentes policiales, fallando los disparos que realiza que impactan en dos compañeros que fallecen por este motivo. El Tribunal Supremo aplica en este caso un delito de homicidio frustrado concurriendo la eximente incompleta de cumplimiento de un deber, referida a los disparos que no alcanzan al delincuente, y dos delitos de imprudencia temeraria con resultado de muerte respecto de la muerte de los dos agentes. El Alto Tribunal aprecia el error en el golpe (resultado no querido) y por ello aplica la imprudencia, por los siguientes motivos:

“Como ha puesto de relieve la doctrina, constituye una cuestión jurídicamente discutible la relativa a la trascendencia que, en el campo penal, debe reconocerse al denominado «error en el golpe», en orden a la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, en los supuestos de que el resultado producido por la conducta del agente sea distinto del pretendido por éste, cuando ambos posean la misma significación jurídico-penal, como sucede en los casos en que queriendo matar a una persona se mata a otra distinta, como ha sucedido en el presente caso. Se dice que la solución depende del concepto

que se tenga sobre el bien jurídico protegido por la norma penal de que se trate. Si se admite un valor o un bien abstracto -como la vida- procede reconocer la irrelevancia del error, pero si, como parece más lógico, por bien jurídico se entiende un valor concreto -la vida de una persona determinada, contra la que se dirige el agente- el error en el golpe tiene que ser jurídicamente relevante en cuanto el resultado producido no puede calificarse de intencionado o doloso. En tal supuesto, es menester reconocer la existencia de un concurso ideal entre un homicidio doloso frustrado (el pretendido y no logrado) y un homicidio imprudente, o culposo (el producido pero no querido por el agente). En el presente caso, confirma este último criterio la finalidad perseguida por el acusado al iniciar el tiroteo causante de las muertes, que no fue otra que la de pretender defender al Cabo señor G. F. que, en aquellos momentos, forcejeaba violentamente con «El Rubio», al que pretendían identificar y, en su caso, detener; el cual, haciendo caso omiso de las órdenes conminatorias del Cabo para que se detuviera, pretendía a todo trance huir. El propósito del acusado era, por tanto, alcanzar al delincuente -que se suponía iba armado- para defender al Cabo G. F. Y hasta tal punto era ello evidente que el Tribunal de instancia declara abiertamente que el Policía G. P. no quería matar a sus compañeros, y que la muerte de éstos fue accidental «porque los proyectiles que les alcanzaron iban en realidad destinados a M. G.» (FJ 6.º). Si, pues, el acusado no quería matar, sino proteger y defender al Cabo, y la muerte de éste como la del otro Policía se califican por el Tribunal de accidentales, no parece lógico imputar al acusado tales muertes a título doloso”.

En esta resolución se acepta el error en el golpe (*aberratio ictus*) y se aplica el delito frustrado (actualmente delito en grado de tentativa) en relación al sujeto al que no se alcanza, y el delito imprudente, con respecto a las víctimas a las que sí impactan los disparos.⁷²⁹ Tal y como la propia resolución menciona, ello es así debido a que se ha valorado el bien jurídico en concreto y no en abstracto. En este último caso, como el bien «vida» -aunque en diferente persona-, ha sido lesionado, se aplicaría, según esta postura,⁷³⁰ el delito consumado, aunque al estimarla de forma concreta y no haberse conseguido alcanzar a la persona que se pretendía, se aplica el error, aunque como hemos visto aplicando la imprudencia.⁷³¹

⁷²⁹ Esta postura que considera relevante el error, la defienden entre otros autores, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). Comentarios al Código Penal...*Opus cit.*, p. 209; COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 597. También puede apreciarse en la STS 1230/2006, de 1 de diciembre, entre otras.

⁷³⁰ Consideran irrelevante el error y por tanto aplican el delito consumado las SSTS de 10 de abril de 2001 y 4 de febrero de 1994 entre otras.

⁷³¹ A favor de esta postura MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 286.

Un caso singular donde el exceso intensivo por error se castiga por imprudencia y luego se aplica la eximente incompleta, es la STS 1715/1994, de 30 de septiembre, donde el error en la necesidad en concreto se castiga como imprudencia y no como error. En este supuesto un agente de policía creyendo que su compañero era atacado por un delincuente, le golpea en la cabeza, falleciendo por su debilidad en el cráneo. La Audiencia Provincial absuelve al agente del delito de imprudencia temeraria, cuya resolución confirma el Tribunal Supremo, por los siguientes motivos:

“nos hallamos ante un caso de eximente putativa de cumplimiento de un deber, pues el sujeto actuó en la creencia de que el compañero era objeto de un ataque que en realidad no existió, un supuesto de error sobre los elementos fácticos constitutivos de una causa de justificación, que tantas divisiones ha creado en la doctrina y en esta Sala a propósito de su incardinación en el error de tipo o en el error de prohibición, cuestión que ahora carece de relevancia porque entendemos que, de tipo o de prohibición, en todo caso el error fue invencible y ello siempre ha de conducir a un pronunciamiento absolutorio, si bien no por considerar justificada la conducta aquí enjuiciada como ya se ha dicho (objetivamente faltaron los requisitos de necesidad en concreto y proporcionalidad), pero sí exculpada a virtud del mencionado error (...) hemos de tener en cuenta el modo concreto en que ocurrió el suceso, «las circunstancias del hecho y las personales del autor», en este caso la forma en que fueron vistos los dos atracadores y el modo en que podía actuar el agente. Era de noche, las 5.20 horas de la madrugada de un día del mes de noviembre, en una calle de Valladolid poco iluminada (punto en el que todos los declarantes coinciden, aunque no lo recoja la audiencia como hecho probado), atraco de dos jóvenes a otro en plena calle, mientras uno de los dos registraba al atracado para robarle, el otro tenía una mano en el costado de éste, cuando el guardia dijo «alto policía» o frase similar uno de los dos huyó hacia donde estaba el compañero, encontrándose expedito el lado opuesto, sucediendo todo ello con evidente rapidez, lo que exige también una rápida actuación del agente para evitar que el compañero sea atacado. Ante tales circunstancias parece lógico entender que cualquier policía medianamente diligente, obligado a actuar en el cumplimiento de los deberes de su cargo, conociendo la frecuencia con que este tipo de delincuentes jóvenes utilizan armas, incluso de fuego, encontrándose ante un caso de manifiesto delito flagrante en el que uno de esos delincuentes va corriendo hacia el lugar donde se hallaba el compañero, hubiera podido caer en el mismo error en que incurrió el policía municipal cuya conducta ahora enjuiciamos, es decir, cualquiera en esas mismas circunstancias podía haber creído que el delincuente que huía hacia donde estaba el compañero iba a atacar a éste. Así pues, hubo error invencible sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, por lo que ha de considerarse exculpada la conducta aquí examinada de Santiago-Conrado R. M. en aplicación de la eximente putativa de cumplimiento de un deber, por lo que estimamos que fue correcta la sentencia recurrida que absolvió del delito de imprudencia temeraria”.

Varios son los aspectos a los que se hace referencia en esta resolución y que poseen interés evidente para el caso que nos ocupa. En primer lugar se hace referencia a un supuesto de error sobre los presupuestos de una causa de justificación que concreta en que el agente creyó que su compañero estaba siendo atacado. En este caso, el TS no entra a valorar la clase de error al que podría subsumirse la conducta del agente puesto que lo estima con carácter invencible y por ello, exento de reproche penal. A mi juicio, no habría ningún problema en apuntar que nos encontramos ante un supuesto de error de prohibición por cuanto la falta de dicho elemento fáctico, hace que el agente haya considerado que su conducta estaba protegida por la norma al golpear al delincuente.

En base a lo anterior, comparto la afirmación de MUÑOZ CONDE al señalar que razones de política criminal y de *“orientación hacia las consecuencias”* hacen que los Tribunales escojan *“el marco penal más adecuado de los dos que vienen en consideración (el delito imprudente y el del delito doloso atenuado)”*, debido a que según se aplique uno u otro se derivarán *“diferentes consecuencias a que una u otra regulación produce, no sólo para el autor del delito, sino para todos los afectados por él (partícipes, víctimas, etc)”*.⁷³²

De lo dicho hasta aquí, podemos apreciar, que los autores que defienden la aplicación del error del tipo se apoyan en el desconocimiento de alguno de los presupuestos de la causa de justificación, de forma análoga a como se articula el error de tipo en el injusto. Así, en relación a los elementos del tipo penal, y siguiendo los mismos ejemplos citados al inicio, si el autor desconoce que está matando a una persona porque actúa bajo la creencia de que está disparando a un animal, se podría equiparar al supuesto de que un agente policial dispara a una persona porque actúa bajo la creencia de que éste le va a disparar a él. Por su parte, los partidarios de aplicar el error de prohibición se apoyan en que el sujeto actúa bajo la creencia (falsa) de que su

⁷³² MUÑOZ CONDE, F., “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”, en *Diario La Ley*, 1991, p. 1041. También se refiere a la importancia de las consideraciones político-criminales, MIR PUIG, S., “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español”...*Opus cit.*, p. 1031.

conducta está permitida por el ordenamiento jurídico. Y hasta aquí considero que el planteamiento es correcto.

Considero que es más apropiado aplicar el error de prohibición en las causas de justificación por las razones de política criminal referidas y también por cuestiones dogmáticas, al considerar que, como hemos visto, y aunque *a priori* determinados casos pueden plantearse con respecto a los presupuestos de justificación, éstos quedan comprendidos en el error de prohibición indirecto como hemos visto. Opino que cobra una especial relevancia la teoría de las consecuencias planteada por MUÑOZ CONDE, ya que en definitiva el Derecho se configura como el orden regulador de la convivencia pacífica de los ciudadanos bajo la exigencia de protección de todas las personas que forman parte de la situación que se plantea.

2.- Concurso con otras causas de justificación:

Tal y como ha señalado CUERDA RIEZU acerca del concurso entre causas de justificación,⁷³³ la principal problemática que presenta este asunto pasa por tratar de determinar si es posible que tal concurrencia se produzca y en caso de que se responda afirmativamente que se establezca una regla de solución para el tipo de concurso apreciado.⁷³⁴

Esta cuestión es importante por diversos motivos: en primer lugar porque el sujeto que alega la figura debe conocer ante qué causa de justificación se

⁷³³ La regulación legal que del concurso establece el Código Penal permite distinguir entre el concurso de delitos, previsto en los artículos 73 y 77 CP ya citados, donde se regulan el concurso real, ideal y medial, así como el concurso aparente de leyes penales, cuyas reglas de solución vienen recogidas en el artículo 8 CP, cuyo tenor literal es: “*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas por aquél. 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*”

⁷³⁴ CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 1995, p. 215.

enfrenta por cuanto debe conocer sus presupuestos objetivos para dirigir su voluntad hacia ellos, tal y como hemos defendido en este trabajo al analizar el elemento subjetivo de justificación, y en segundo lugar porque una misma actuación puede producir que se aplique una causa de justificación y con ella la impunidad del sujeto mientras que de la misma situación puede llegar a negarse la aplicación de otra eximente y ser condenado por ello. Este último caso puede producirse, como analizaremos en epígrafes posteriores, en los casos donde un componente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad responde a una agresión ilegítima estimándose que dicha actuación ha sido desproporcionada y por tanto aplicar la eximente incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber, mientras que también podría estimarse la “*necesidad racional del medio empleado*” que exige el artículo 20. 4 del Código Penal, y por tanto considerar correcta y legítima dicha actuación policial.

Aunque ha sido tratado por la doctrina el concurso entre eximentes de diferente naturaleza como por ejemplo entre las eximentes y atenuantes genéricas, entre las propias atenuantes entre sí o entre circunstancias genéricas y específicas,⁷³⁵ en las próximas páginas me voy a ocupar únicamente del posible concurso entre las causas de justificación, por cuanto poseen una mayor incidencia práctica como podremos comprobar.

Así, siguiendo la exposición que efectúa CUERDA RIEZU⁷³⁶, podemos decir que no es ésta una materia que haya sido tratada con profundidad por la doctrina española, aunque sí disponemos de estudios que abordan el ámbito

⁷³⁵ Aunque pocos autores abordan este asunto de forma profunda, sí se ocupa de todos estos supuestos de forma extensa en su monografía, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *El efecto oclusivo entre causas de justificación*. Editorial Comares. Granada, 2009. También tratan, aunque con menor intensidad, la distinción entre causas de justificación genéricas y causas de justificación específicas, y de forma genérica PÉREZ ALONSO, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 55, 1995, pp. 635 y ss.

⁷³⁶ CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, pp. 215-257. Supone una gran aportación a la dogmática española por cuanto plantea las tesis seguidas por la doctrina alemana sobre el concurso de causas de justificación desde diversas ópticas (WARDA, G., «*Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*», del año 1972), introduciendo una reflexión acerca de esta problemática.

de aplicación de algunas causas de justificación que nos sirven para configurar el significado más amplio del concurso genérico de dichas figuras,⁷³⁷ lo que redundaría en beneficio del análisis genérico del concurso entre causas de justificación, bajo la tesis de que cuanto mayor es la delimitación de una causa de justificación, mayor es la definición de su ámbito y por ello menor probabilidad hay de que concurra con otra.

Otros autores, sin perjuicio de haber tratado el concurso entre algunas causas concretas, han propuesto otras alternativas que igualmente permiten un mayor conocimiento de aquéllas con las que comparten puntos en común, y así

⁷³⁷ En este sentido, han tratado de forma particularizada la confrontación entre la legítima defensa y la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber, DÍEZ RIPOLLÉS, esquemas, p. 281; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 290; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 302 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 107; CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7º”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 230; ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho+ADE)...Opus cit.*, p. 124; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 362; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010...Opus cit.*, p. 93; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, p. 231; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp 468 y ss; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito...Opus cit.*, p. 760 y ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, pp. 319 y ss; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, pp. 550 y ss; BARCELONA LLOP, J., *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica...Opus cit.*, pp. 110 y ss. Asimismo tratan las diferencias entre las exigentes de estado de necesidad y obrar en el cumplimiento de un deber, BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 289; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010...Opus cit.*, pp. 91 y 93; JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. VI. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General...Opus cit.*, p. 169; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, pp. 550 y ss.

este sector de la doctrina considera que algunas causas de justificación podrían englobar a las demás. En este sentido se han pronunciado COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, que defienden la supremacía de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo como cláusula general de justificación⁷³⁸, o CARBONELL MATEU, que le otorga este mismo carácter genérico.⁷³⁹ En sentido contrario, PÉREZ ALONSO ha considerado que las situaciones que tradicionalmente se resuelven por la eximente contenida en el artículo 20. 7ª CP, pueden ser asumidas perfectamente por la regulada en el artículo 20.5ª CP que contiene la eximente de estado de necesidad, la cual considera principal con respecto a aquélla que considera superflua.⁷⁴⁰ Lo que es indudable es que con estos argumentos también se beneficia la eximente que quiere ser engullida por otras, por cuanto también son analizadas en profundidad.⁷⁴¹

Sin perjuicio de que en los epígrafes siguientes se abordarán estos asuntos de forma más detallada, donde se expondrán las posturas más actuales de la doctrina y jurisprudencia españolas, sí deberíamos, siquiera brevemente, exponer las diferentes soluciones posibles ante la presencia del concurso de causas de justificación, y comentar las ventajas y obstáculos que cada caso presenta.

En este sentido, y como ya hemos apuntado, las posibles soluciones ante un supuesto concurso de causas de justificación es la aplicación de las

⁷³⁸ COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 471. Estos autores consideran que toda la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP podría integrarse en una sola, el ejercicio legítimo de un derecho, pp. 472 y ss.

⁷³⁹ CARBONELL MATEU, J.C. *La justificación penal. Fundamentos, naturaleza y fuentes...Opus cit.*, pp. 128-129.

⁷⁴⁰ PÉREZ ALONSO, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”...*Opus cit.*, pp. 623-650.

⁷⁴¹ Igualmente, aunque no van a ser tratadas en este estudio, han contribuido a perfilar el ámbito de aplicación de las eximente y por tanto al estudio del concurso genérico de las causas de justificación, los casos de concurso entre eximentes genéricas y específicas y también los casos planteados por algunos autores que en caso de ausencia de un requisito de una causa de justificación se remiten a otra causa de justificación que sí podría ser aplicada. En este sentido CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal...Opus cit.*, pp. 220-226.

reglas del concurso de delitos (real, medial, e ideal), previstas en los artículos 73 CP y 77 CP, que si bien están dirigidas a la concurrencia de delitos se utilizan como reglas de solución del concurso de causas de justificación por similitud en el punto de partida, o bien adoptar alguna de las reglas de solución del concurso de leyes (especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad), que se recogen en el artículo 8 CP.

En cuanto a la primera de las posibles soluciones, aplicar las reglas del concurso de delitos, y respecto del concurso real, éste no presentaría mayor problema debido a que en este casos se parte de la existencia de diversos hechos con lo cual habría que analizar cada hecho y su posible encaje en una causa de justificación concreta independientemente de las demás.⁷⁴² Más posibilidades podría presentar *a priori* el concurso ideal por cuanto partimos de un solo hecho contiene elementos de injusto pertenecientes a dos o más delitos, y por tanto se respeta la unidad del hecho que debe existir. En este caso, y destacando la dificultad de su aplicación, algunos autores han considerado que sería posible su traslación al concurso entre causas de justificación, y cita como ejemplos, entre otros, los casos tratados por el Tribunal Supremo al aplicar conjuntamente la legítima defensa y el miedo insuperable, éste último con la función de suplir la falta de cobertura por exceso *intensivo* de la primera.⁷⁴³

En cuanto a la solución del concurso de causas de justificación aplicando las reglas del concurso “*aparente*” de leyes penales, lo que supone que ante el posible encuadre del hecho en dos causas diferentes, habrá que optar por una de ellas, desplazando a la otra que no se aplicará. Respecto de

⁷⁴² En este mismo sentido se pronuncia CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal...Opus cit.*, pp. 242-243, si bien plantea el análisis de las consecuencias jurídica que esta modalidad concursal puede tener entre causas de justificación, llegando a la conclusión de que sólo tiene incidencia en el caso de que un solo hecho pueda tener dos consecuencias diferentes.

⁷⁴³ CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal...Opus cit.*, pp. 243-247. Este autor analiza el concurso ideal de delitos junto al concurso medial y el “*concurso ideal por efecto abrazadera*”, llegando a que este tipo de concurso es posible y poniendo un ejemplo de ello, al que, no obstante, califica de “*rebuscado y de laboratorio*”, en p. 246.

la regla de consunción, se ha rechazado esta posibilidad debido a que exige, en el caso de delitos, que éstos atiendan a diferente contenido de injusto, y no parece encajar en las causas de justificación que conducen a la misma consecuencia jurídica, la exención de responsabilidad criminal.⁷⁴⁴ La regla de subsidiariedad que prevería la aplicación de una causa de justificación en el caso de que otra no fuera, no tiene base legal para ello por cuanto el Código Penal no contempla esta posibilidad. En cuanto a la regla de especialidad, que exige una relación de género a especie, y por tanto, que la causa especial deba aglutinar el mismo contenido que la causa general pero con un complemento a aquél, y que así expuesta se califica como “*relación de especialidad en sentido lógico*”, aunque parezca que no pueda erigirse como solución al concurso de causas de justificación puesto que cada causa contiene sus propio contenido diferente del resto, lo que es cierto, como han puesto de manifiesto algunos autores⁷⁴⁵ y a la que recurre la jurisprudencia del Tribunal Supremo como veremos⁷⁴⁶, es que podría darse entre la regla especial del cumplimiento de un deber (20.7ª CP), frente a la genérica de la legítima defensa (20.4ª CP). No obstante, los casos en los que el propio Código Penal introduce una causa de justificación específica para un delito concreto, como ocurría con las indicaciones terapéuticas del aborto del artículo 417 bis del antiguo Código Penal respecto de la eximente de estado de necesidad, en este caso denominado como “*relación de especialidad en sentido funcional*”.⁷⁴⁷ Por último, la regla de la alternatividad, supone partir de que ambas causas de justificación cumplen sus requisitos y por tanto, al no configurarse ninguna de

⁷⁴⁴ Así se ha pronunciado CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, p. 248.

⁷⁴⁵ Defiende la regla de la especialidad, como ya hemos visto, ⁷⁴⁵ CEREZO MIR, J., “La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”...*Opus cit.*, p. 283 y también CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, p.252.

⁷⁴⁶ Entre otras muchas que luego analizaremos, puede citarse la STS de 13 de mayo de 1982.

⁷⁴⁷ En la aplicación de la regla de especialidad hay que tener en cuenta, como ha señalado CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, p. 254, que puede ocurrir que una vez confirmada la opción de aplicar la regla especial ésta no contenga todos los requisitos, mientras que la regla general sí. En este caso y debido a la aplicación del principio del efecto oclusivo de las causas de justificación, que impide recurrir a la causa de justificación desplazada, puede ocurrir que no pueda aplicarse la eximente completa cuando la genérica sí que podría atender totalmente a la exención de pena.

ellas como supuesto más grave del otro, puesto que la aplicación de cualquiera de ellas tiene la misma consecuencia –la aplicación de la eximente–, considero que no tendría sentido su observancia ya que supondría aplicar dos veces la eximente al mismo hecho.⁷⁴⁸

Más allá de supuestos genéricos⁷⁴⁹, y por lo que respecta al concurso entre causas de justificación que pueden tener incidencia en la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, algunos autores ya señalaban la posibilidad de que se aplicaran las reglas del concurso de normas a los supuestos de concurrencia de determinadas eximentes, especialmente la de legítima defensa con la de obrar en el cumplimiento de un deber. Así, por citar algunos de los que en primer lugar se pronunciaron al respecto, QUERALT JIMÉNEZ señala en relación a los agente policiales que *“éstos solo podrán responder proporcionalmente utilizando un medio idóneo para reducir aquélla, siempre dentro de los límites del ejercicio del cargo, sin que pueda argüir por parte del agente un supuesto de legítima defensa, dado que aquella eximente está, por razón del sujeto activo de la respuesta, en relación de especialidad con la de ejercicio del cargo”*⁷⁵⁰. Al respecto, CEREZO MIR, se ha pronunciado en este sentido al referirse a que *“estamos ante un concurso de leyes, que hay que resolver a favor de la causa de justificación del número 11 del artículo 8º, de acuerdo con el principio de la especialidad. Únicamente cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean objeto de una agresión ilegítima como particulares, es decir cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares, podrán invocar la*

⁷⁴⁸ En contra CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, p. 248, que considera que podría aplicarse cualquier de ellas.

⁷⁴⁹ Tal y como señala CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... Opus cit.*, p. 226, *“la admisión del concurso en sentido estricto entre causas de justificación ha sido una postura minoritaria en la ciencia penal española. Inicialmente, la doctrina se sirve de las soluciones concursales al ocuparse de las relaciones entre la legítima defensa y otras causas de justificación, en especial con el cumplimiento del deber; pero con la introducción en el Código del artículo 417 bis, se extiende en el campo de la aplicación del concurso a las relaciones entre estado de necesidad del artículo 8.7 y las indicaciones que justifican el aborto”*. Este asunto ha sido tratado pormenorizadamente por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *El efecto oclusivo entre causas de justificación... Opus cit.*, pp. 25 y ss.

⁷⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Coacción directa y justificación”... *Opus cit.*, p. 123.

legítima defensa. No podrán hacerlo nunca, sin embargo, cuando la agresión ilegítima se dirija contra terceros, tanto si se encuentran como no de servicio, pues según el número 5º de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».⁷⁵¹ En cambio, se manifiesta crítico con estas dos posturas PORTILLA CONTRERAS, al aludir a que *“no impide el que con carácter excepcional se reconozca al funcionario la posibilidad de actuar con los medios que le otorga la legítima defensa en aquellos supuestos en los que existiendo un peligro inminente para la vida o integridad física de alguien no se de una proporcionalidad relativa respecto al bien lesionado”*⁷⁵² mostrándose partidario de dar preferencia a la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber frente a la legítima defensa y estado de necesidad, aunque admitiendo la primera en situaciones excepcionales.

En las páginas siguientes se expondrán las opiniones más actuales de la doctrina y jurisprudencia respecto de las causas de justificación que mayor incidencia poseen con la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, como son la legítima defensa y el estado de necesidad, finalizando con el estudio de la obediencia debida que aunque desaparecida del actual Código Penal no deja de tener su aplicación en relación a las actuaciones que se realizan por los miembros de las FCS que cumpliendo órdenes pueden lesionar derechos y libertades de los ciudadanos.

2.1.- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. legítima defensa:

Como ya hemos podido ver en este trabajo (Capítulo IV, epígrafe 1), la STS de 20 de octubre de 1980, además de situarse como punto de partida en la sistematización de los requisitos que deben concurrir en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, supuso el abandono definitivo de exigir la

⁷⁵¹ CEREZO MIR, J., “La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”...*Opus cit.*, p. 283.

⁷⁵² PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, pp. 177-178.

agresión ilegítima como requisito previo que permitiera la aplicación de la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP, aunque ya se hubiera pronunciado en otras ocasiones anteriores el Tribunal Supremo en este sentido, tal y como vimos. Sin tener que repetir dichos argumentos, se puede añadir que tal y como ha señalado CÓRDOBA RODA, este hecho pudo obedecer a “*la consideración de las circunstancias que rodean al hecho, o de la amplitud de las autorizaciones contenidas en las disposiciones reguladoras de ciertos institutos, ha llevado a que la jurisprudencia prescindiera, para el cumplimiento de un deber, del presupuesto de una agresión ilegítima*”.⁷⁵³

Por consiguiente, y al hilo de la exposición introductoria sobre este asunto efectuada anteriormente como hemos dicho, la mayor parte de la doctrina⁷⁵⁴ y la jurisprudencia entiende que ya no es necesaria la agresión ilegítima para poder aplicar la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP, lo que permite un dato clarificador acerca de la delimitación de ambas eximentes.

Pero no hay que confundir que el hecho de que no sea un requisito *sine qua non*, ocurre muchas veces que el agente de policía sufre una agresión ilegítima en el ejercicio de sus funciones, y hay que determinar si su actuación debe seguir los cauces previstos para la eximente prevista en el artículo 20.4ª CP o bien la recogida en el 20.7ª CP.

⁷⁵³ CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, pp. 366-367. Algunos autores como OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 551, nota 149, opina que la referencia a “*la amplitud de las autorizaciones contenidas en las disposiciones reguladoras de ciertos institutos*”, es una alusión, seguramente, a la Cartilla de la Guardia Civil de 20 de diciembre de 1845, que autorizaba el uso de las armas cuando “*sus palabras no hayan bastado*”, regulación que ya hemos tratado en Capítulo II, epígrafe 2.1.

⁷⁵⁴ Se han pronunciado de forma expresa sobre este asunto, aunque con los matices que veremos, entre otros, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 302-303; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 498; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 362; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, p. 224 y ss; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 551.

Tal y como señala SÁNCHEZ GARCÍA, una de las primeras cuestiones que se plantean en esta posible concurrencia, es la de determinar si la eximente de legítima defensa se aplica de forma similar al agente policial a como se aplica a los particulares, o si por el contrario se niega dicha aplicación.⁷⁵⁵

En este sentido y tal como menciona CEREZO MIR, en el caso de que se produzca una agresión ilegítima contra un agente policial en el ejercicio de sus funciones no es posible recurrir a la legítima defensa sino que habrá que aplicar la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, y añade que en el caso del particular defensor éste puede ir todo lo lejos que sea necesario para repeler la agresión, mientras que los miembros de las FCS deben ajustar su actuación en estos casos a los principios de necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad.⁷⁵⁶ Ésta última afirmación se constituye como núcleo esencial del problema de la determinación de una u otra eximente, por cuanto al agente policial que actúa en el cumplimiento de un deber se le exige que enmarque su actuación al principio de menor lesividad, y por tanto no puede traspasar esta barrera.

En este sentido, se ha dicho que *“la necesidad de recurrir a un medio violento en el cumplimiento de un deber no equivale simplemente a la necesidad de defensa, ya que mientras la eximente del artículo 20.7º C.P. persigue el mantenimiento o restauración del orden jurídico, la del artículo 20.4º C.P. responde simplemente al propósito de rechazar el ataque que la víctima sufre”*.⁷⁵⁷ También defienden estas argumentaciones BUSTOS / HORMAZÁBAL, que entienden que si la actuación policial se efectúa bajo el criterio de menor lesividad, estaríamos ante la eximente de obrar en el ejercicio

⁷⁵⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, p. 333.

⁷⁵⁶ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 302-303. En este mismo sentido del alcance del sujeto según la eximente en la que opere, se ha pronunciado LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 469.

⁷⁵⁷ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 553.

del cargo, sin necesidad de acudir a la legítima defensa o estado de necesidad, que necesitan del criterio de la racionalidad del medio empleado o la proporcionalidad del mal.⁷⁵⁸ Así, CÓRDOBA RODA opina que si el agente utiliza una violencia innecesaria, no podría aplicarse la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, y habría que comprobar si es posible la aplicación de la eximente de legítima defensa, efectuado un minucioso estudio de los requisitos previstos en el artículo 20.4ª CP, así como el delito de atentado previsto en el artículo 550 CP por parte del agresor.⁷⁵⁹

De interés para los argumentos que sostenemos en este punto, debemos mencionar la postura de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, que considera que el núcleo del problema respecto a qué eximente aplicar no es la exigencia de proporcionalidad sino que se encuentra en el artículo 5 LOFCS, y concretamente en la referencia que este precepto efectúa de los casos en los que puede utilizarse el arma de fuego y que únicamente permite en los casos donde esté en grave peligro la vida, integridad física o seguridad ciudadana. De esta forma, esta autora, partidaria de aplicar la eximente de cumplimiento de un deber por ser norma especial frente a la genérica de legítima defensa, y al mismo tiempo defensora del efecto oclusivo entre ambas, justifica esta afirmación con base al carácter más restrictivo (“especial”) de la norma policial (artículo 5 LOFCS), que la contenida en el artículo 20.4ª CP.⁷⁶⁰

Una posible solución de los casos en los que procedería una u otra eximente la ha planteado LACRUZ LÓPEZ, al señalar que se aplicará la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber cuando los agentes sufran una agresión ilegítima estando de servicio o con motivo del mismo, o cuando un tercero sufra una agresión ilegítima, se hallen o no de servicio, puesto que en virtud de la previsión legal del artículo 5.4 de la LOFCS se hallan de servicio

⁷⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 290-291. Estos autores ponen como ejemplo la STS de 20 de octubre de 1987, en la que un policía municipal mató con su arma a un menor y no se refiere al ejercicio del cargo sino a la legítima defensa que desecha por falta de necesidad.

⁷⁵⁹ CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20.7ª”, en CÓRDOBA RODA, J / GARCÍA ARÁN, M (Directores). *Comentarios al Código Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 230.

⁷⁶⁰ Vid. la construcción jurídica sobre este asunto en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *El efecto oclusivo entre causas de justificación... Opus cit.*, pp. 140-147.

en todo tiempo y lugar si hallaren o no de servicio. Reserva la aplicación de la eximente de legítima defensa en el caso de que la agresión ilegítima se produzca como particular o por motivos particulares.⁷⁶¹ Con la misma argumentación, CERESO MIR, se ha mostrado partidario de que solo cabrá la aplicación de la legítima defensa cuando no se encuentren de servicio y la agresión resida en motivos particulares no relacionados con su condición de agentes de la autoridad, por lo que tampoco añade los casos en los que el agente sale en defensa de un particular, por la previsión del mismo artículo 5.4 LOFCS.⁷⁶²

En cambio, RODRÍGUEZ MOURULLO, haciéndose eco de los argumentos que ofrece la jurisprudencia, opina que ambas eximentes pueden aplicarse conjuntamente, aludiendo a que los miembros de las FCS pueden verse amparados por la más amplia y universal de la defensa contra el injusto agresor, que se producirá en supuestos de agresión ilegítima contra los agentes de la autoridad.⁷⁶³ Algunos autores han planteado que negar la posibilidad de aplicar la legítima defensa al funcionario de policía supondría situarlo en un plano de desigualdad respecto del resto de ciudadanos y acabar siendo sancionado ante un peligro inminente para la vida o integridad física de alguna persona donde no se respeta la debida proporcionalidad.⁷⁶⁴

Rebate esta argumentación QUERALT JIMÉNEZ, que opina que con negar la aplicación de la legítima defensa *“no se coloca en peor situación al agente de policía por negarle la defensa propia o de terceros sino que,*

⁷⁶¹ LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 469-470.

⁷⁶² CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 302-303.

⁷⁶³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 107, con cita de las SSTs de 2 de junio de 1995 y de 20 de octubre de 1993.

⁷⁶⁴ Defienden la aplicación conjunta de ambas eximentes PORTILLA CONTRERAS, G., “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”...*Opus cit.*, p. 178; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad...Opus cit.*, p. 323.

precisamente, por hacer de la defensa de terceros, su profesión y su deber, está en posesión de medios y conocimientos muy superiores a los de los particulares, lo que tiene como consecuencia que su operatividad sea mucho más efectiva y así debe serle exigido”.⁷⁶⁵

Por lo que se refiere a la postura del Tribunal Supremo hay que decir, que pese a existir resoluciones aisladas en sentido contrario⁷⁶⁶, la línea que se sigue por el Alto Tribunal es la de aplicar la legítima defensa en casos de agresión contra un miembro de las FCS en el ejercicio de sus funciones, señalando que el hecho contrario podría vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, aplicando en numerosas ocasiones de forma conjunta ambas eximentes,⁷⁶⁷ basándose como lo hace la STS 744/1995, de 2 de junio, en los siguientes motivos:

“La concurrencia de la legítima defensa y el cumplimiento de un oficio o cargo, se debe a que ambas circunstancias tienen una zona común, mucho más restringida en la número 11 del artículo 8.º, por lo cual puede venir consumida

⁷⁶⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Coacción directa y justificación”...Opus cit., p. 651. En este sentido es interesante invocar la reflexión efectuada por OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 555, nota 162, en la que señala que si bien la pretensión de QUERALT es ser más riguroso con los requisitos que deben concurrir para utilizar la violencia policial, negar la posibilidad de acudir a la legítima defensa, podría conducir al efecto contrario, por cuanto la eximente de legítima defensa requiere como elemento principal la legítma defensa, sin la que dicha eximente no puede aplicarse ni en su forma completa ni incompleta y en cambio la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber puede adoptar la forma incompleta en casos de exceso intensivo.

⁷⁶⁶ Así la STS 24 de junio de 1988, ya citada, y referida al dispositivo policial establecido para detener a un miembro de GRAPO, que debido a un movimiento extraño finaliza con los disparos de los agentes y su muerte, el Tribunal de instancia, que confirma el TS, aplican solo la eximente 20.7 y no legítima defensa, por cuanto no estiman que se haya producido una agresión ilegítima por parte del fallecido, y aplica con preferencia la eximente de cumplimiento de un deber, en base a los siguientes argumentos: “Aplicando a los repetidos hechos probados la normativa sobre el incumplimiento del deber, procede la estimación de esta causa de justificación como eximente incompleta, conforme entendió el juzgador de instancia, y ello por las siguientes consideraciones: A) La repetida eximente –a diferencia de lo que sucede con la legítima defensa, y de lo mantenido por la mejor jurisprudencia- no precisa de agresión ilegítima, puesto que ni se identifica con la legítima defensa, ni aquí se está ante la necesidad de reaccionar frente a un ataque, siendo, por el contrario, el propio incumplimiento de la obligación el determinante último del uso de la fuerza, tal y como puede constatarse con la abundante casuística relativa a la detención de quien se limita a huir, o intentarlo, o como se desprende de algún precepto concreto de nuestro ordenamiento, así el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

⁷⁶⁷ También se aplican ambas figuras conjuntamente en las SSTS 1103/1996, de 31 de diciembre; 2347/1993, de 20 de octubre; 4 de diciembre de 1991, entre otras.

por la más amplia y universal de la defensa contra el injusto agresor, lo que ocurrirá en todos los supuestos de claro acometimiento y de ilegítimo ataque a los agentes de la autoridad. En todo caso, tiene perfecta razón el Ministerio Fiscal de la ausencia de practicidad de esta circunstancia atenuatoria a través de una semieximente, habida cuenta de que la pena se ha impuesto en el mínimo del mínimo y no tiene operatividad tal pretensión, salvo en su sentido testimonial, en cuanto en este concreto caso, tanto por la clara agresión, como por su obstinada resistencia a la detención, operarían ambas semieximentes”.

Ello, pese a que en esta resolución se aplica finalmente la eximente incompleta de legítima defensa conjuntamente a la eximente completa de obrar en el cumplimiento de un deber.

La STS 1262/2006, de 28 de diciembre, aplica la legítima defensa al concurrir todos sus elementos y en cambio no aplica la eximente prevista en el 20.7ª debido a que faltan requisitos esenciales, aunque el TS analiza ambas sin excluir la posible aplicación de ambas figuras al mismo tiempo.

También la STS 2780/1993, de 3 de diciembre, referida a un caso donde un agente de policía dispara su arma en legítima defensa rebotando en un neumático que alcanza a un tercero que fallece. El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que absuelve al agente, aplicando ambas causas de justificación, refiriéndose a ello de la siguiente forma:

“Con independencia de que apreciada la legítima defensa completa, como consta del ordinal anterior, que legitima la conducta del acusado, la exonera de todo reproche y de cualquier carga reparatoria, la otra eximente también existe en toda su plenitud, porque surte sus efectos exculpatorios cuando nos encontramos, como en este caso, ante un supuesto típico, pero no antijurídico, por la concurrencia de una causa justificante de la acción”.

ROLDÁN BARBERO al señalar que debido a que *“la necesidad de hacer uso de las armas puede provenir de una agresión ilegítima contra un agente de la autoridad, la causa de justificación en examen puede solaparse con la legítima defensa. Es suficiente con aplicar una sola de ellas para eximir de*

responsabilidad penal. Pero si ambas se aprecian como incompletas, el Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad entre las mismas”.⁷⁶⁸

En este sentido la STS 785/1999, de 18 de mayo, referida a un supuesto donde dos miembros de la Guardia Civil al requerir a un conductor que había circulado de forma temeraria que se sometiera a la prueba de alcoholemia, arremete contra uno de los agentes, siendo detenido aplicando una fuerza desproporcionada que le causa lesiones de consideración. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los agentes por un delito de lesiones concurriendo las dos eximentes que ahora estamos analizando en su forma incompleta. El TS confirma la resolución con los siguientes argumentos:

“es precisamente de los hechos que se declaran probados de donde se infiere que si bien han de apreciarse los requisitos exigidos por el artículo 8 del Código Penal tanto respecto a la legítima defensa, como a la del cumplimiento del deber, dada la agresión ilegítima de la víctima, como la cualidad de Agentes de la Autoridad de los encausados, no es menos cierto que tales eximentes han de aceptarse, según hizo la Sala de instancia, con un carácter relativo, es decir, como incompletas, debido al exceso cometido por dichos Agentes al tratar de reducir al conductor rebelde. Es evidente que para cumplir con su obligación, no obstante la resistencia que opuso el conductor, no habría hecho falta recurrir a una tan grande violencia como se describe en el «factum» al decir que «los dos Agentes se abalanzaron sobre él para reducirlo, golpeándole ambos con tal fuerza que le causaron fractura bilateral de mandíbula y contusión escrotal con hematoma secundario, sanando a los 45 días, precisando para ello la fractura de osteosíntesis e inmovilización o bloqueo maxilar durante 19 días en los que hubo de medicarse con Aines, quedándole como secuelas molestias esporádicas a nivel escrotal e hipostesia a nivel del lado izquierdo del mentón»”.⁷⁶⁹

Esto produce según algunos autores, que se asimilen requisitos que son diferentes, y así, entre otras contradicciones *“se sostiene la innecesariedad de adecuación del medio de defensa al de ataque por ser el arma utilizada por el agente más mortífera que la del agresor y, simultáneamente, se sostiene la proporcionalidad de la actuación del funcionario*”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho+ADE)*...*Opus cit.*, p. 124.

⁷⁶⁹ En el mismo sentido la STS 1668/1999, de 29 de noviembre.

⁷⁷⁰ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*...*Opus cit.*, p. 558; En un sentido similar al expuesto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*...*Opus cit.*,

Otras resoluciones en cambio, aplican la regla de la especialidad tal y como defendía CERESO MIR, como puede apreciarse en la STS 1715/1994, de 30 de septiembre, que referida a la actuación de dos policías que sorprendieron a un joven atracando a otro, al que creyeron ver que portaba un arma, y al llegar los agentes y darse a la fuga, la trayectoria escogida por el atracador hizo pensar a uno de los agentes que se abalanzaba contra su compañero y le golpeó con la pistola en la cabeza, lo que le causó la muerte debido a la debilidad en el cráneo que presentaba. La Audiencia Provincial de Valladolid absolvió al agente. El TS confirma dicha resolución y se pronuncia sobre la concurrencia de ambas causas de justificación, en los siguientes términos:

“antes de concluir, procede hacer alguna consideración en cuanto a la evidente relación de la eximente de cumplimiento de un deber objeto de la presente resolución y la de legítima defensa, tan próximas entre sí cuando, como aquí ocurrió, hubo una agresión ilegítima (aquí sólo putativa) de la que se defiende el policía o de la que el policía defiende a otra persona. Tan próximas se encuentran estas dos causas de justificación que en la jurisprudencia hubo un tiempo, al que decididamente puso fin la Sentencia de esta Sala de 20 octubre 1980, en que se pensó que sólo podían actuar los agentes de la autoridad utilizando la violencia en cumplimiento de los deberes de su cargo cuando fueran objeto, él mismo u otra persona, de alguna agresión ilegítima (véase el considerando 5.º de tal Sentencia de 20 octubre 1980). Como bien dice la Sentencia de 25 marzo 1992 para la aplicación de la eximente completa o incompleta de cumplimiento de un deber no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima, basta que el agente se encuentre ante una situación que exige su intervención para la defensa del orden público en general o de los intereses por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Parece del todo evidente que la posibilidad de defenderse o defender a extraños que nuestro CP reconoce a los particulares frente a agresiones ilegítimas ha de reconocerse también a los agentes de la autoridad cuando obran en el cumplimiento de un deber, como bien dice la Sentencia de esta Sala de 20 octubre 1993 (RJ 1993\7813). Aplicar en estos casos una u otra causa de justificación parece que puede tener escasa relevancia práctica, porque lo que es indudable es que los funcionarios de policía, ya actúen como reacción a una agresión ilegítima, ya lo hagan incluso cuando tal clase de agresión no ha existido, bien se les aplique la eximente 11 del artículo 8, bien la 4.ª del mismo artículo, en todo caso, en sus actuaciones han de obrar conforme a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad a que se refiere el antes mencionado artículo 5.2.c) y d) de la LO 2/1986 aplicable de una manera general a toda clase de intervenciones de las tan repetidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Parece que se trata simplemente de un concurso de normas a resolver por el criterio de la especialidad como pone de manifiesto la doctrina. En tales casos de

pp. 326-327 y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas... Opus cit.*, p. 282.

agresión ilegítima que provoca la actuación defensiva por parte de un funcionario de policía, como ya hizo la Sentencia de esta Sala de 13 mayo 1982, parece lo más correcto aplicar la eximente de cumplimiento de un deber por ser más específica de acuerdo con los autores que recientemente se han ocupado de este tema”.

Podemos apreciar en esta resolución que se tratan diversos aspectos mencionados en este epígrafe, si bien, el TS con una postura, a mi juicio, eminentemente pragmática, reconduce toda la problemática que presenta el concurso de estas dos causas de justificación a la solución que considera más positiva y adecuada al caso planteado. Así, mantiene que es indiferente la causa que se aplique puesto que el resultado es el mismo, y parece integrar la legítima defensa entre las posibilidades del cumplimiento del deber, apoyando la indiferencia de aplicar una u otra causa tanto en el requisito de agresión ilegítima como en la previsión legal del artículo 5 LOFCS como antes ya hemos visto.

Puede parecer que de no existir estos límites a la hora de ejercitar una u otra eximente, sería irrelevante toda esta discusión porque la solución a la que se llegaría en ambos casos sería la misma, es decir, la aplicación de alguna de las dos causas de justificación en conflicto, pero considero que esta afirmación requiere de alguna matización, por cuanto el agente policial debe conocer *ante* los presupuestos objetivos de justificación y así dirigir su actuación en este sentido, la persona sobre la que recae la acción debe saber si la fuerza desplegada sobre él puede ser respondida por ser ilegítima o debe soportarla, y porque en definitiva la dogmática penal debe configurar una estructura de estos asuntos que delimiten los supuestos a los que se aplica una u otra eximente, según el contenido de los requisitos que cada una presenta, sin que pueda haber trasvase de éstos, ya que de ser esto posible, alguna de las dos no haría falta que figurase regulada en el Código penal por innecesaria sin con otra es posible asumir los mismos supuestos de hecho.

Desde este punto de vista hay que tener en cuenta también que el agente policial que recibe una agresión y dirige su actuación contra dicho sujeto, está al mismo tiempo actuando en dos planos. Por un lado se defiende

de la agresión ilegítima sufrida utilizando la fuerza o medios lesivos si es necesario, y por otro cumple su deber ya que en este caso el agente está siendo víctima de un delito y por tanto se activa su obligación de detener al culpable. En estos casos comparto la tesis de CEREZO MIR y LACRUZ LÓPEZ, más arriba expuestas, en el sentido de que hay que aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber en caso de que el agente se encuentre en acto de servicio, y solo la legítima defensa en caso actuar como particular o por motivos particulares. Los miembros de las FCS tienen la misión establecida en la Constitución Española y resto de normativa referida ya en apartados anteriores, de proteger los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, dotada de medios y formación para ello, bajo el principio de menor lesividad, y bajo la premisa principal, en caso de producirse un delito, de poner a los responsables de un delito ante la Autoridad judicial. Si aplicáramos la legítima defensa el agente podría desplegar toda la fuerza necesaria para contrarrestar la agresión, siempre que fuera “racional”, si bien la figura que ahora estudiamos impone unos límites más estrictos y acordes a la función policial: congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que ya han sido analizados en el Capítulo IV.

Una idea similar, aunque con presupuestos diferentes, es la que mantiene CUELLO CONTRERAS, cuando se pregunta “¿Qué debe hacer el policía que si usa su arma de fuego en una legítima defensa de tercero, pero vulnera (no se acoge a) la autorización policial, y si no la usa cumple la norma del cargo, pero vulnera (no se acoge a) la norma de legítima defensa?”, y añade que “la respuesta está en el Ordenamiento jurídico: La norma que establece expresamente cómo debe resolverse una colisión de bienes jurídicos debe respetarse siempre. El policía no debe emplear el arma de fuego si con ello excede la proporcionalidad exigida por la LFCSE, aunque con ello prive al particular del auxilio en la legítima defensa”.⁷⁷¹

⁷⁷¹ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito... Opus cit.*, pp. 761-762, niega que estemos en presencia de un concurso de causas de justificación sino más bien ante una “colisión de causas de justificación”.

Esta es la solución a la que llega la STS 867/1997, de 16 de junio, que referida a un supuesto donde un policía saca el arma de su funda ante la agresión de un grupo de personas lesionando a una de ellas que se abalanzaba al mismo y causando la muerte en otra persona que se desconoce si se encontraba entre los agresores, la Audiencia Provincial de Pontevedra condenó al agente por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y absuelto de las primeras lesiones causadas por legítima defensa. El TS confirma la resolución y en relación a no aplicación de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y en los mismos términos que aquí defendemos, argumenta lo siguiente:

“Es indudable que el acusado no tenía necesidad de matar a la señora D. P. para detener a L. y que si ello hubiera sido necesario para tal detención, el deber que le imponía su cargo no podría nunca justificar su actuación respecto de la occisa, dado que el art. 5.º.2, c) de la citada LO 2/1986, le impone regirse por el principio de proporcionalidad. Por consiguiente la invocación del art. 8.11.ª CP no es correcta”.

En cambio no compartimos la postura de este mismo autor que ha señalado que si no existe un criterio en el ordenamiento jurídico que haga que se aplique una con exclusión de la otra “*se produciría un espacio libre de Derecho (quien para cumplir una norma ha de infringir otra, y no le resuelve el Derecho cuál deba sacrificar, puede elegir cumplir la que quiera)*”. Precisamente las causas de justificación, como las que ahora se están confrontando, lo que hacen es transformar un hecho típico en ajustado a Derecho, por lo que estas figuras siempre se proyectan sobre un ilícito penal del que se parte que se sitúan en ese “*espacio libre de Derecho*”, o más bien contrario a Derecho. Mayores inconvenientes presenta la solución al caso de que el hecho pueda ser encuadrado de mejor manera en una causa que en otra, y es aquí donde se produce la discusión entre la doctrina. Ya hemos visto que CEREZO defiende el concurso de leyes que soluciona con la regla de la especialidad, posición que compartimos puesto que son los requisitos de cada eximente los que nos proporcionan la solución a adoptar, que ya hemos mencionado que es la de otorgar preferencia al cumplimiento de un deber.

Una solución conciliadora con ambas posturas, -la de los que consideran que debe aplicarse la legítima defensa y la de los que defienden la aplicación de la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP- es la que plantea TOMÁS-VALIENTE LANUZA, que opina que en casos de la utilización de la violencia, y específicamente en lo que se refiere al uso de armas de fuego, en casos de riesgo previstos en el artículo 5 LOFCS, permite la aplicación de ambas eximentes con las mismas consecuencias. Así, señala esta autora que *“dicha interpretación de las relaciones entre ambas causas de justificación lograría soslayar, al menos en gran parte, las críticas dirigidas por un importante sector doctrinal al reconocimiento de un efecto oclusivo de las normas de policía (por lo que se refiere a la defensa propia) de facultades de autoprotección que sí son otorgadas al resto de los ciudadanos”*.⁷⁷²

Pero defender que serán los límites impuestos por cada eximente los que nos indicarán qué solución tomar, nos puede conducir a los casos en los que ambas causas de justificación son incompletas, es decir que en ninguna de las dos se cumplen todos ellos y falta alguno. Es evidente que si el que está ausente es uno de los considerados esencial o principal (agresión ilegítima para la eximente del 20.4ª CP, o el de habilitación legal o elemento subjetivo, entre otros, para la figura recogida en el artículo 20.7ª CP), esto impedirá directamente su aplicación, pero ¿y si el elemento que falta es accidental? Aquí puede ocurrir que falle este elemento en ambas figuras o solo en una de ellas. Considero en este punto que debe regir el mismo criterio, es decir, aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber como eximente incompleta.

2.2- Obrar en el cumplimiento de un deber vs. estado de necesidad:

Del tenor literal de cada una de las circunstancias que aquí se analizan podemos extraer que la eximente contenida el artículo 20.7ª CP, exige una actuación que supone cumplir con un *“deber”*, mientras que el estado de necesidad previsto en el artículo 20.5ª CP, supone *“evitar un mal”*, aunque con ello se *“infrinja un deber”*, siendo necesario en este último caso que el deber

⁷⁷² TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. *El efecto oclusivo entre causas de justificación... Opus cit.*, pp. 146-147.

que se el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Esto supone como ha señalado LUZÓN PEÑA, que *“en el estado de necesidad se lesiona un bien o – en el caso de la infracción de un deber- un interés digno de toda protección y que, sin embargo, el Derecho transige con tal lesión, y que el fundamento de la admisión de tal acción está relacionado con la necesidad para el ordenamiento jurídico de proteger y salvaguardar intereses y bienes jurídicos y de solucionar conflictos y con las ideas de la ponderación de intereses”*.⁷⁷³

Esta solución de conflictos en casos de colisión de deberes es el punto de conexión entre ambas causas de justificación, por cuanto el estado de necesidad puede, en algunos casos, construirse en base a la infracción de un deber que previamente se tenía para salvar un interés superior, y por tanto, con una clara relación entre el cumplimiento del deber que se busca en el caso de la eximente prevista en el artículo 20.7ª CP. En este sentido MIR PUIG propone el siguiente ejemplo: *“Si un agente de Policía practica una detención, a que está obligado, actúa amparado por la eximente 7ª porque obrar en cumplimiento de un deber que le obliga específicamente a practicar la detención. En cambio, si, para lograr detener a unos delincuentes que huyen a gran velocidad, en un coche, la Policía se ve obligada a conducir temerariamente y a poner en concreto peligro bienes ajenos, el delito de conducción temeraria del artículo 381 quedará excluido por colisión de deberes del artículo 20.5º (estado de necesidad) y no por el art. 20.7º, porque el deber de detener no consiste específicamente en la violación de la seguridad del tráfico”*.⁷⁷⁴ Justifica este autor tal afirmación, porque el deber de detener no implica en su significado la lesión de la seguridad del tráfico, y porque no constituye una *lex specialis* respecto de la ley penal que impone en general el deber de respetar la seguridad del tráfico. Así, finaliza este autor que al faltar la relación de deber especial y deber general, si son de distinta relevancia prevalecerá el más importante, y si poseen la misma entidad, cualquiera de ambos.

⁷⁷³ LUZÓN PEÑA, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1988, p. 995.

⁷⁷⁴ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 494-495.

La conclusión a la que llega este mismo autor es la de que si se trata de un deber genérico de actuar se deberá aplicar el estado de necesidad del artículo 20.5ª CP, mientras que si el deber es específico deberá aplicarse la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber prevista en el artículo 20.7ª CP.⁷⁷⁵

También en contra de esta distinción, pero desde otro punto de vista, se ha pronunciado CARBONELL MATEU, que ha señalado que *“un importante sector doctrinal trata el conflicto de deberes que, a mi juicio siempre es aparente y no real, como un supuesto de estado de necesidad. En realidad, es la presencia o no de determinados requisitos subjetivos la que determinará la aplicación de una u otra eximente. También es ésta una cuestión más formal que otra cosa. Si concurren los requisitos mínimos de cualquiera de las dos, la conducta estará justificada. Lo que, a mi juicio, resulta inadmisibles es la pretendida función oclusiva que algunos autores pretenden otorgar a las diferentes causas de justificación...cuando no concurren”*.⁷⁷⁶

MIR PUIG, respecto de esta colisión de deberes, ha señalado las diferencias básicas entre las tres causas de justificación que aquí estamos confrontando y así ha señalado que *“también el **ejercicio de un deber** (art. 20, 7º CP) puede tener de común con el estado de necesidad una situación de conflicto entre intereses. Así, cuando un agente de la Autoridad ha de detener a un delincuente: aquí entran en conflicto el interés del delincuente en su libertad y los intereses del Derecho que exigen su detención. El agente de la Autoridad ha de actuar en defensa del orden jurídico. En casos como éste el ejercicio del deber constituye una causa de justificación intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Como la legítima defensa, recae sobre un sujeto que se enfrenta al Derecho; pero, al no constituir defensa de un bien jurídico de una persona concreta, el ejercicio de un deber no puede llegar tan lejos como la*

⁷⁷⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 494. Defienden esta misma postura con cita de este mismo autor, JUDEL PRIETO, A., “Tema 6. VI. Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General... Opus cit.*, p. 169.

⁷⁷⁶ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 186.

*legítima defensa. Cuando recae sobre un infractor del Derecho, el ejercicio de un deber permite, pues, si es necesario, lesionar intereses de aquél en sí más importantes que los que se defiendan (principio de necesidad), pero sólo en la medida en que la lesión guarde proporcionalidad con la gravedad de la infracción (principio de proporcionalidad). En suma: en estos casos de ejercicio del deber se permite ir más allá del estado de necesidad —no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar—, pero sin que pueda desaparecer la proporcionalidad”.*⁷⁷⁷

Por otro lado, hay que tener en cuenta los requisitos que una y otra causa de justificación plantea. Dejando a un lado los criterios que deben observarse en la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber que han sido analizados en este trabajo, el artículo 20.5ª CP, establece entre los requisitos que deben estar presente en esta circunstancia “que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”, que la doctrina ha definido argumentando que “determinadas profesiones o cargos conllevan un especial deber de soportar ciertos riesgos. Así, el bombero ha de asumir los riesgos del fuego y de otras tareas de salvamento, el capitán del barco debe dejar que en caso de peligro se salven primero los pasajeros, la policía debe correr el riesgo de que algún delincuente se resista a su detención, etc. Existen situaciones de necesidad en las cuales generalmente podría actuarse al amparo de la eximente quinta y que, sin embargo, no permiten justificar la conducta de los profesionales citados que optan por no sacrificarse. Es lo que viene a suponer el último requisito, ahora aludido, del art. 20, 5º”.⁷⁷⁸

Así, y aunque hemos visto que se produce cierta conexión entre ambas eximentes, poseemos otro argumento, en este caso la voluntad del legislador, de separar el contenido y los límites entre dichas eximentes. En este caso, el agente policial está excluido de la aplicación del estado de necesidad cuando actúa en el ámbito de sus funciones.

⁷⁷⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 464.

⁷⁷⁸ Vid. por todos, MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 486.

Este debate doctrinal acerca de cuál debe ser la causa de justificación aplicable al supuesto, y por tanto cuándo el cumplimiento del deber desplaza al estado de necesidad o viceversa, ha suscitado que algunos autores opinen que el estado de necesidad puede aglutinar todos los supuestos que tradicionalmente se resuelven por vía del artículo 20.7ª CP, y por tanto que ésta última resulte una figura superflua.

En este sentido, a lo largo de los años se ha discutido mucho acerca de la necesidad de que la figura objeto de este trabajo figurase recogida en el Código Penal. Algunos autores mantienen que la eximente que ahora tratamos posee un carácter superfluo⁷⁷⁹, si bien la mayoría de la doctrina defiende la necesidad de su existencia.⁷⁸⁰

En relación a la primera de las posturas apuntadas, la de considerar superflua la figura, hay que decir que ya se discutía esta cuestión en los

⁷⁷⁹Mantienen el carácter innecesario de la figura JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomos V. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950 a 1970., Tratado V., pp. 808, 809, 816 y ss; CÓRDOBA RODA, J., “11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, p. 360; BUSTOS RAMÍREZ, J.J / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 155; PÉREZ ALONSO, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 55, 1995, pp. 623-650; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / PEREZ MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. (Parte General)... Opus cit.*, p. 323; DE LA MISMA AUTORA, “Lección 9. La antijuridicidad.”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / PEREZ MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. / ESQUINAS VALVERDE, P. *Lecciones de Derecho Penal. (Parte General)... Opus cit.*, p. 141; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 361.

⁷⁸⁰Defienden la necesidad de la figura entre otros COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 471, nota 3; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, p. 510; CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 180; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 492-493; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Editorial Comares. Granada, 2013, p. 228; OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 502 y ss.

comentarios de los primeros textos legales codificados y así tal y como dice JARAMILLO: *“Silvela y el P. Montes consideraron innecesaria esta causa de justificación en el articulado del Código antecesor, por la sencilla razón de que la cultura jurídica ha de comprender que el que obra ejercitando un deber legal o un derecho o cargo, no puede transgredir el Derecho ni la ley que lo representa. Ya lo dijeron los canonistas, <<cum homo juste occiditur, lex eum occidit non tu>> (cuando se mata justamente a un hombre, la ley y no tú es quien lo mata).”*⁷⁸¹

Es cierto que la Ley es el máximo exponente en un Estado de Derecho como el nuestro. Al decir que si se mata justamente es la ley quien lo hace, se hace referencia a que el legislador de forma previa ha valorado el contenido del precepto penal, para adaptarlo a la realidad social, considerando que en ocasiones se hace necesario sacrificar bienes jurídicos en detrimento de otros. Efectivamente quien mata justamente mata según la ley, pero en mi opinión el hecho de que esta eximente se haga constar en el texto punitivo es totalmente necesario, para que de forma expresa quede plasmada su eficacia y su cobertura, y para informar al ciudadano de cuándo se pueden sacrificar los bienes jurídicos o lo que es lo mismo, qué bienes tienen preferencia sobre otros, según los casos.

En el mismo sentido a los anteriores autores, GROIZARD apuntó que: *“Esta exención brota tan espontánea del fondo mismo de la naturaleza de las cosas, que la mayor parte de las legislaciones antiguas y modernas, no han creído necesario consignarla expresamente. Obrar con derecho y cometer un delito son ideas contradictorias: un verdadero imposible legal.”*⁷⁸²

Este mismo argumento es el que utilizan actualmente algunos autores, y así, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN mantienen que *“hasta cierto punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes. No cabe, desde*

⁷⁸¹JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Vol I.* Salamanca 1928, p. 9.

⁷⁸²GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado.* Tomo I. Salamanca, 1897, p. 278.

*luego, mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo.*⁷⁸³

Incluso LUZÓN PEÑA, que no la considera necesaria, mantiene que “es útil como recordatorio de su existencia a la praxis, máxime cuando la jurisprudencia a veces defiende como principio que no cabe admitir más eximentes que las legalmente recogidas en la ley”.⁷⁸⁴ COBO y VIVES, opinan que “la consignación expresa es coherente y necesaria en un sistema basado, ante todo, en la legalidad.”⁷⁸⁵ DIEZ RIPOLLÉS, por su parte, añade que “su ausencia ha dado origen en Alemania a la distorsionada distinción entre causas de exclusión del injusto penal genuinas y no genuinas.”⁷⁸⁶ Otros autores van más allá y la reconducen al estado de necesidad opinando que la eximente contenida en el artículo 20.7º del Código Penal “guarda una gran similitud con la del estado de necesidad (art. 20.5 CP). Por ello un sector de la doctrina ha propuesto la supresión de la genérica eximente contenida en el art. 20.7, de modo que los casos tradicionalmente resueltos a su amparo se solucionen directamente a través del estado de necesidad justificante, que puede ser considerado como la cláusula general de la justificación penal.”⁷⁸⁷ En este sentido, PÉREZ ALONSO⁷⁸⁸ no sólo propone su derogación sino que considera que los problemas que tradicionalmente se solucionan con las dos eximentes, obrar en el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad, pueden reconducirse y solucionarse con éste último. Este autor mantiene que todos los supuestos que se vienen solucionando en aplicación del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho podrían verse reconducidos y

⁷⁸³ MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 361.

⁷⁸⁴ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 435.

⁷⁸⁵ COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 471, nota 3.

⁷⁸⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas...Opus cit.*, p. 277.

⁷⁸⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 18. Delitos de acción: la antijuridicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / PÉREZ ALONSO, E. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 592.

⁷⁸⁸ PÉREZ ALONSO, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”...Opus cit., p. 639.

solucionados por el estado de necesidad, por cuanto ésta “consagra expresamente el presupuesto de hecho y las condiciones y requisitos legales que han de concurrir para admitir la justificación penal de una conducta”. Pero no solo eso sino que considera que la eximente contenida en el artículo 20.7 puede “servir de coartada perfecta para justificar conductas lesivas, por ejemplo, en cumplimiento de un deber, que difícilmente se justificarían acudiendo al estado de necesidad.”

No puedo estar más en desacuerdo con estos dos argumentos.

En cuanto al primero de ellos, y como ya ha apuntado una parte de la doctrina,⁷⁸⁹ la forma en que opera el estado de necesidad y la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber es totalmente diferente. En este último caso, nos encontramos ante el ejercicio de un deber ineludible, que en caso de incumplimiento supone una infracción a la norma que impone dicho deber, hecho que no ocurre en el estado de necesidad. Esta idea de cumplir el deber impuesto por la ley hace que a quien cumple un deber no se le exija ningún tipo de responsabilidad, ni penal ni civil, es decir, que el ordenamiento jurídico ya ha considerado qué conducta tiene preferencia y por tanto obliga a su cumplimiento, y por ello no se le puede hacer ningún reproche al sujeto, ni siquiera civilmente. En ese sentido, el artículo 118.3 CP, para el supuesto de estado de necesidad, establece que serán las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, las que responderán civilmente. En cambio, en el caso del cumplimiento de un deber, esta responsabilidad civil no existe, es decir, que el ciudadano está obligado a soportar esta acción debida. Con todo, tampoco en la legítima defensa se puede exigir responsabilidad civil al autor.

En relación al segundo de los argumentos, he de decir que con anterioridad a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no estaban muy claros los criterios de actuación de los agentes policiales, aunque la jurisprudencia de los Tribunales iba perfilando dichos

⁷⁸⁹ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 502-508.

cauces de actuación, posiblemente en algunas ocasiones de una manera tolerante con ciertas conductas policiales desproporcionadas.

Pero la llegada de la norma citada supuso muchos cambios a la hora de establecer el despliegue policial en España, la coordinación de los diferentes Cuerpos policiales, competencias, etc, especialmente supuso un avance importantísimo a la hora de regular los principios, requisitos y límites en el uso de la coacción policial, de la fuerza policial, que su artículo 5 reconduce a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad. Esta norma se convierte así en un verdadero Estatuto policial, y desde entonces, la jurisprudencia ha seguido y desarrollado estos criterios para adaptarlos a la esfera de la libertad y seguridad de los ciudadanos que deben garantizar los agentes policiales. Esta norma especial incide de forma directa en el Código Penal, a través de la cláusula de apertura al resto del ordenamiento jurídico que se contiene en su artículo 20.7. Y solo por esta función que logra la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, ya es innegable, a mi juicio, que dicho precepto debe constar de forma expresa en nuestro texto punitivo. Además podría plantearse la pregunta: ¿y si no existiera la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, no resultaría de aplicación dicha norma a los supuestos con trascendencia penal? En todo caso, está claro que la figura que estudiamos tiene un efecto declarativo beneficioso y ninguna consecuencia negativa.

Así las cosas, podemos ver que una parte de la doctrina considera que la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber es una figura que resulta superflua si tenemos en cuenta que quien actúa conforme a Derecho no puede actuar de forma ilícita, y otros que además de esto, añaden que los casos en que opera la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber podrían quedar asumidos por la eximente de estado de necesidad, generándose así una comparación entre las causas de justificación contenidas en los apartados 7º y 5º del artículo 20 del Código Penal.

QUINTERO OLIVARES señala que *“es preciso separar aquellas otras en las que el sujeto actuante se encuentra bajo la presión de dos deberes, ambos*

*suficientemente fundados pero de imposible cumplimiento conjunto, de manera que el cumplimiento de uno cerrará la posibilidad de cumplir con el otro (por ejemplo: el policía que opta por abandonar la persecución de un delincuente a fin de auxiliar a alguien, siendo así que ambas cosas constituyen deberes profesionales). En estos casos la circunstancia eximente que debe operar no será la de cumplimiento del deber, sino la de estado de necesidad (art. 20.5º CP).”*⁷⁹⁰

En mi opinión, en el ejemplo que acabamos de ver se puede producir un punto de encuentro entre ambas eximentes, ya que como señala QUINTERO, ante esta colisión de deberes, el agente debe cumplir cualquiera de los deberes que impone la Ley al policía y cumpliendo uno de ellos se actúa de forma lícita. El estado de necesidad es una posibilidad, una facultad del sujeto que actúa, con lo que su omisión no resultaría relevante penalmente, salvo en el caso de que la ley imponga esa conducta. En cambio, cuando nos encontramos con una colisión de deberes, el sujeto debe cumplir uno de los dos, el que resulte preponderante, y si no lo hace incurriría en una conducta ilícita al estar obligado por el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido se ha pronunciado MIR PUIG, que señala que *“planteamiento a la **colisión de deberes** abona la necesidad del **tratamiento diferenciado** que para la misma propugna la doctrina dominante en Alemania. La razón es que aquí la comparación de la importancia de los deberes en principio ya determina la importancia de los males a que da lugar su infracción. Y, así, mientras que en un estado de necesidad entre bienes en principio no bastará para que concurra el requisito ahora examinado que los bienes típicos sean iguales, sino que habrá que probar que la lesión de uno de los bienes ha causado un mal no mayor que el mal que supone la lesión que se evita, en cambio, ante una colisión de deberes de igual rango podrá afirmarse en principio que el mal causado por la infracción de uno de ellos es también igual que el que supondría la del otro. Digo «en principio» porque en el caso concreto podría suceder que ante una colisión de deberes iguales la infracción de uno tuviera consecuencias más graves que la del otro, en cuyo caso no podría infringirse el primero para*

⁷⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, p.514.

evitar la infracción del segundo".⁷⁹¹ Por tanto, respecto del ejemplo anterior, la diferente entidad de los bienes en colisión, y especialmente el carácter obligatorio impuesto por la Ley al policía, considero que son motivos que impiden que se pudiera aplicar a tales casos la eximente del 20.5 CP.

Es interesante resaltar los términos en los que se halla regulado el estado de necesidad en el artículo 20.5º del CP, que habla de "*males*" y no de "*bienes*", es decir, que lo que exige el estado de necesidad no es la ponderación de bienes, sino la ponderación de los males que se van a sacrificar para salvar otros, exigiendo que se dañe siempre el de menor entidad, cuando uno mayor está en juego.

MIR PUIG apoya esta postura exponiendo un ejemplo claro: "*si un Policía practica una detención a la que está obligado, actúa amparado por la eximente del 20.7. En cambio, si para realizar dicha detención pone en concreto peligro la seguridad del tráfico se eximiría por el 20.5 y no por el 7, ya que el deber de detener no consiste específicamente en la violación de la seguridad del tráfico.*"⁷⁹²

Pese a aquellas posturas contrarias a la figura, lo que es innegable es que el legislador ha mantenido en todos los textos legales codificados esta eximente, desde su aparición en el Código Penal de 1848, como se puede comprobar en este estudio.⁷⁹³

También el legislador ha mantenido intacta su redacción en la reciente modificación operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y así el punto 7º del artículo 20 no ha sufrido ninguna modificación. Tampoco han sufrido ninguna modificación los artículos que se vienen relacionando con esta eximente, como pueden ser el artículo 410 CP (delito de desobediencia y denegación de auxilio) o el 616 bis, que alude de forma expresa a ella, estableciendo que no cabe su aplicación en los delitos de genocidio y lesa

⁷⁹¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 483.

⁷⁹² MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 483.

⁷⁹³ Vid. Capítulo I, epígrafe 4.2.3.

humanidad. En el debate parlamentario suscitado con ocasión de la aprobación de esta modificación, ningún grupo parlamentario hace mención alguna a la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber y solo de forma tangencial se alude a ella en relación con los artículos 129 y 33.7 del Código Penal, para defender su aplicación con respecto a las penas que pudieran sufrir las personas jurídicas.⁷⁹⁴

⁷⁹⁴ Se trata de enmiendas en el Congreso de los Diputados, puesto que no se han producido ni veto ni enmiendas en el Senado. El texto del artículo 129 del Código Penal antes de la reforma por LO 1/2005, es el que sigue: “1. *En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*3. *La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.*” El artículo 33.7 CP, que no ha sido modificado por LO 1/2005, tiene el siguiente tenor literal: “7. *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a.- Multa por cuotas o proporcional. b.- Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c.- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d.- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e.- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f.- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g.- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del*

interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.” El Proyecto de Reforma de los apartados 1 y 2 del artículo 129 del Código Penal, que acaba plasmándose con idéntico contenido en el texto legal, es del siguiente tenor: “*Octogésimo noveno. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 129, que quedan redactados del siguiente modo: «1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.»* A continuación se recoge la Enmienda 342, del Grupo Parlamentario Mixto – Joan Tardà i Coma (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pp. 237 y ss.), en virtud de la cual se propone la siguiente redacción del artículo 129 del Código Penal: «*Artículo 129. 1. El Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las personas jurídicas, organizaciones y empresas las siguientes consecuencias: a) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. b) Suspensión de actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. c) Clausura definitiva o por un plazo que no podrá exceder de cinco años de locales y establecimientos. d) Prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser definitiva o por un plazo no superior a cinco años. e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo que no podrá exceder de cinco años. f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará en la sentencia quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. 4. Las consecuencias del apartado primero se podrán imponer siempre que se constate la comisión de un delito, aun cuando no haya sido posible identificar o condenar al autor o los autores del mismo. Sólo se excluirá la imposición de las consecuencias si el autor o los autores del delito no son responsables criminalmente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14.1, 20.4, 20.5 o 20.7 o el delito ya ha prescrito. La justificación que hace el Grupo Parlamentario Mixto en relación con dicha propuesta de modificación es la siguiente: “En tercer lugar, al establecer que «la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la*

De manera añadida a los argumentos que hasta aquí han sido esgrimidos a favor de la regulación explícita de la figura en análisis cabe apuntar el razonamiento de MIR PUIG. Destaca este autor que *“cuando el deber o derecho se prevé en una norma posterior a la ley penal y de rango no inferior a ella, no es preciso ninguna disposición legal como la del artículo 20,7º para decidir la preferencia de la norma no penal pues constituye una lex specialis y posterior que deroga a la ley penal más general. Pero resulta útil que el Derecho resuelva expresamente el conflicto de normas cuando el deber o el derecho se establecen por una disposición anterior o inferior a la ley penal. Cuando es anterior, pese a ser especial podría resultar dudoso que no quedase desplazada por la ley penal posterior. Lo mismo sucedería en el caso de que la norma no penal especial tenga rango inferior a la ley penal. Más difícil aún sería mantener la exclusión de la ley penal cuando la misma fuera a la vez posterior y superior a la no penal especial.”*⁷⁹⁵

En el mismo sentido se expresan otros autores que defienden la necesidad de la figura en estos términos⁷⁹⁶, apoyándose para ello en la **unidad del ordenamiento jurídico**. Estos autores consideran que la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber se sitúa en una posición de cierre del ordenamiento jurídico, garantizando su unidad y coherencia. De esta forma, quien cumple un deber impuesto por una norma no penal, no puede al mismo tiempo incurrir en responsabilidad criminal.⁷⁹⁷

responsabilidad penal [...] no excluirá [...] la responsabilidad penal de las personas jurídicas», se permite la imposición de penas a la persona jurídica aunque no exista ningún comportamiento contrario a Derecho (por ejemplo, la persona física ha actuado acaparada por la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, que son circunstancias eximentes contempladas en los números 4.º, 5.º y 7.º del artículo 20). Este es uno de los aspectos menos meditados de la reforma. El modelo propuesto aquí permite evitar este defecto técnico que puede dar lugar paradójicamente a que se impongan penas aunque no haya delito.” (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pp. 238-239)

⁷⁹⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 492.

⁷⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal... Opus cit.*, pp. 486-487.

⁷⁹⁷ Así lo considera también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en SSTS 1810/2002, de 5 de noviembre, 277/2004 de 5 de marzo y 793/2005 de 20 de junio, entre otras.

CARBONELL, haciendo una comparación entre la forma de regulación que hace el Código Penal alemán (que no recoge esta cláusula general), y los textos español e italiano (que contemplan la figura de forma similar en los artículos 20.7º y 51 respectivamente), opina que *“todo el ordenamiento jurídico ha de ser, cuanto menos, fuente indirecta de la justificación penal y el Derecho positivo puede regular ésta, bien admitiendo causas de justificación no codificadas y ni siquiera reguladas legalmente, sin que esto suponga quiebra alguna del principio de legalidad; bien recogiendo una cláusula general de justificación que actúe como <<puerta abierta>> conducente a idéntica solución material; la consideración de la totalidad del Ordenamiento como fuente, en este caso necesariamente indirecta, de la justificación.”*⁷⁹⁸

Contrariamente, algún autor ya citado⁷⁹⁹ ha señalado que no es necesaria esta figura por cuanto *“dicho precepto supone la consagración formal de una evidencia indiscutible en la doctrina, como es el principio de la unidad del ordenamiento jurídico como fuente de justificación penal.”*

Sobre esta cuestión opino que la figura debe contenerse expresamente a fin de abrir al resto del ordenamiento jurídico las puertas de la justificación penal, logrando así la unidad y coherencia de dicho ordenamiento. Entiendo que no puede negarse la posibilidad a que se regulen en la norma aspectos que por otra parte son evidentes, si con esta regulación legal expresa conseguimos un catalizador de las normas no penales y una mayor seguridad jurídica. Pero además, y como mantienen algunos autores, la idea de unidad y

⁷⁹⁸ CARBONELL MATEU, J.C., “Artículo 20.7”, en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 180. Para ver más detalladamente esta postura vid., del mismo autor: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes...Opus cit.*, pp. 115 y ss. Del mismo modo QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal...Opus cit.*, p. 487, argumenta que *“A través de ella se logra la unidad o coherencia entre todo el Ordenamiento jurídico, puesto que las fuentes de los deberes y derechos que aquí se mencionan pueden provenir de cualquier ámbito del mismo”*. También OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 499, opina que *“su existencia pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico y el carácter unitario del injusto, de tal modo que un comportamiento que es lícito para una rama del Derecho no puede ser considerado, al mismo tiempo, antijurídico por otra.”*

⁷⁹⁹ PÉREZ ALONSO, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”...*Opus cit.*, p. 479.

coherencia del ordenamiento jurídico como justificación de la eximente que se analiza debe ser complementada con el respeto a la dignidad del ciudadano y con el principio de *ultima ratio* de dicho ordenamiento, que de esta manera se fomenta.

Se configura por tanto como una norma que abre las puertas al resto del ordenamiento jurídico, a otras ramas del Derecho, y tiene en cuenta todos los derechos o deberes que están recogidos en otros órdenes normativos, proclamando formalmente el principio de que quien obra con arreglo a Derecho nunca puede actuar antijurídicamente. De no estar plasmada legalmente la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP, no sería posible por poner un ejemplo, como hemos argumentado en el epígrafe anterior referido a la legítima defensa, invocar la previsión legal del artículo 5 LOFCS que supone una restricción a la hora de actuar de los agentes policiales que determina la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber frente a la legítima defensa.

CARBONELL MATEU opina que *“su mantenimiento en el Código se debe a que cumple la función de constituir una cláusula general de justificación. En un doble sentido: 1º.- Cumple una función de recogida de aquellos supuestos que, no encajando Jurídico la capacidad de ser fuente de la justificación; puesto que lo es del establecimiento de deberes y del reconocimiento de derechos.”*⁸⁰⁰

Por lo que respecta a la casuística jurisprudencial referida a la posible concurrencia de ambas causas de justificación, he de decir, que no hemos encontrado referencias que nos pudieran alumbrar en este sentido y sólo las hay que tratan el estado de necesidad de forma exclusiva sin confrontación con el cumplimiento de un deber.

⁸⁰⁰CARBONELL MATEU, J.C., “Art. 20.7º CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. / CARBONELL MATEU, J.C. / MORALES PRATS, F. / GARCÍA RIVAS, N. / ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Directores). *Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la pena*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 133.

A modo de breve recapitulación, y por lo que se refiere a este apartado, considero que ha quedado clara mi postura respecto de la importancia de que la eximente que ahora estudiamos figure recogida expresamente en el Código Penal y al mismo tiempo, a mi juicio, es de aplicación preferente en el ejercicio de las funciones policiales, debido a su diferente contenido y límites como hemos visto.

2.3.- Obediencia debida.

a) Su vinculación con la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

La obediencia debida quedó fijada por primera vez en el Código Penal de 1848, en el apartado 12 de su artículo 12, de forma independiente a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y fue definitivamente suprimida en el Código Penal de 1995.⁸⁰¹ A pesar de su regulación en apartados diferentes, ambas eximentes

⁸⁰¹ La STS de 22 de abril de 1983 hace una referencia a la evolución histórica de dicha figura que puede resultar interesante como antecedente de la su plasmación en el Código Penal, señalando que: *"Históricamente, en el Derecho romano, se hablaba de "necessitas obediendi", añadiéndose que, "in damnum dat qui jubet dare ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est", y que es responsable solo quien manda un acto ilícito y no quien obedece, salvo cuando de lo mandado por el superior, entraña "atrocitatem facinoris", es decir, un delito grave. En el Derecho germánico la obediencia excusaba siempre al súbdito en Las Partidas -Partida VII, Título XI, Ley V, eco fiel del Derecho romano, se disponía que, el hijo, vasallo, siervo, pupilo menor, de veinticinco años, fraile o monje "que fiziese daño en cosas de otro por mandado de aquél en cuyo poder estuviese, non sería tenuto de facer enmienda del daño que assi fuesse fecho. Mas aquél lo debe pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno de estos deshónrase, o firiese, o matase a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estuviese, non se podría escusar, por que non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas e si lo obedeciere, o matare, o fiziera algunos de los yerros sobre dichos, debe haber pena, también como el otro que lo mandó fazer" y algún jurista de la época añadió "si vere quod mandatur est de genere prohibitorum, sed mandatarius est persona subjecta ipsi mandanti, ut filius, servus, uxor, famulus, pupillus, vel aductus, qui subest potestati tutoria vel curatoris tunc in gravibus et atrocibus delictis non excusatori quia in talibus non debuit parere: ...In levibus vero delictis bene excusatur talis persona subjecta". Llegada la época, de la codificación, el Código, de 1.848, reputaba obligatorios todos los mandatos del superior, mientras que los de 1.870 y 1.932 no consideraban obligatorios ni excusantes, dichos, mandatos, cuando se tratara de órdenes administrativas que infringen, clara, manifiesta y terminantemente, un precepto constitucional, condicionando la obligatoriedad del mandato a que se de la competencia del superior y a que, el mentado mandato, se halle revestido de las formalidades legales el Código de 1.944, frente a los sistemas de la licitud de la investigación, de la obligatoriedad del mandato, y de la distinción según la condición de la persona que*

han venido teniendo una estrecha vinculación pues, como decía PACHECO, obedecen a una misma idea que las inspira.⁸⁰² Tal es así, que algunos autores han señalado que la supresión de la obediencia debida del texto penal de 1995 se debió a que *“los supuestos a los que le era aplicable cabe reconducirlos a la exigente de cumplimiento de un deber, ya que el que tiene la obligación jurídica de obedecer y obedece, lo único que hace es cumplir con su deber”*.⁸⁰³ Esta reconducción de los supuestos que puede comprender la obediencia debida hacia la figura recogida en el artículo 20.7ª CP es la postura que fundamentalmente se mantiene en la actualidad y lo que según algunos autores merecía su supresión del texto penal por resultar superflua.⁸⁰⁴

No obstante, hay que decir que la obediencia debida está hoy muy presente entre la doctrina y jurisprudencia como veremos a continuación, especialmente en lo referente a la actuación de las FCS ya que como integrantes de la Administración Pública están sujetos al principio de jerarquía que consagra el artículo 103.1 CE de forma genérica para todos los funcionarios. Esta regulación constitucional unida a la previsión contenida en el artículo 5.1. d) de la LOFCS que establece como principio básico de actuación de las FCS: *“Sujetarse, en su actuación profesional, a los principios de **jerarquía y subordinación**. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o las Leyes”* (la negrita es

recibe la orden (funcionarios-autoridad o funcionarios-agente), contiene la clave de la adecuada solución en el artículo 369, donde en su segundo párrafo, se dice que no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, añadiendo, el párrafo tercero de dicho precepto, que tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general.”

⁸⁰² PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*. 4ª edición. Tomo I. Madrid, 1870, p. 175.

⁸⁰³ LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General... Opus cit.*, p. 319; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 311.

⁸⁰⁴ RIVACOBAY RIVACOBAY, M. *Las causas de justificación*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1995, p. 70. El autor opina que *“En la vieja doctrina española se partió confundiendo el cumplimiento del deber con la obediencia debida”*. Asimismo otros autores habían reclamado su supresión como MORILLAS CUEVAS, La obediencia debida, pp. 217-218 y otros han aludido a su carácter superfluo como MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 508; QUERALT JIMENEZ, J.J., *“Tirar a matar”... Opus cit.*, p. 729, nota 2, y otros.

añadida), hace que la obediencia de órdenes se erija en un verdadero deber para los agentes policiales.⁸⁰⁵

Tal es así, que la normativa disciplinaria de los diferentes Cuerpos que integran las FCS consideran una infracción disciplinaria la desobediencia al superior jerárquico. En este sentido, y a modo de ejemplo representativo pueden citarse la Ley Orgánica 12/2007, de 2 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil que en su artículo 7.15 prevé como falta muy grave *“la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”*,⁸⁰⁶ , al igual que ocurre con la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía que establece en su artículo 8. b) como falta grave: *“La desobediencia a los superiores jerárquicos o los responsables del servicio con motivo de las órdenes o instrucciones legítimas dadas por aquéllos, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”*.l

Como puede apreciarse, la redacción de estos preceptos es similar a la que venimos refiriéndonos tal y como lo hace la LOFCS.

También se ha planteado el deber de obediencia de los componentes de Policía Judicial, que en virtud del artículo 126 CE dependen de jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, llegándose a la conclusión de que, en principio, *“la dependencia funcional no comporta el nacimiento de relación jerárquica alguna porque ésta surge en el interior de la misma organización”*, si bien y respecto de los miembros de Policía Judicial específica *“la línea jerárquica*

⁸⁰⁵ BARCELONA LLOP, J., “Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pp. 180-183. Vid. en p. 204, la crítica de este mismo autor a la redacción ofrecida por el artículo 5.1. d) porque parece que lo que queda cubierto o no por la obediencia debida es la orden y no su ejecución, cuando realmente no es así.

⁸⁰⁶ Igualmente la norma disciplinaria de la Guardia Civil recoge como falta grave en el artículo 8.33: *“La negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas”* y como falta leve según el artículo 9.3: *“El retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas, o de las normas de régimen interior, así como la falta de rendimiento en el desempeño del servicio habitual”*.

*natural se desvanece y se sustituye por otra dado que las órdenes e instrucciones las van a impartir ahora la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal, y en consecuencia, a ellos, deberán obediencia”.*⁸⁰⁷

Este hecho es el que ha determinado que la doctrina haya considerado sin discusión que dicha obediencia debida deba ser reconducida a través de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber consagrada en el artículo 20.7ª CP, aunque con una diferente opinión sobre si debe ser considerada como causa de justificación o como causa de inculpabilidad.⁸⁰⁸ Acerca de la naturaleza de esta eximente se ha pronunciado la STS de 22 de abril de 1983 (caso intentona golpe de Estado del 23F), en los siguientes términos:

*“Sobre su naturaleza, **la doctrina clásica entendía que se trataba de una causa de justificación** o de exclusión del injusto, mientras que, **hoy día, se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad**, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además, el Derecho puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta **no obstante todavía subsisten opiniones doctrinales que**, partiendo, entre otras razones, del contenido del artículo 20 del Código Penal (LA LEY 1247/1973, que no menciona, como responsable civil, al que procedió por obediencia debida, **sostienen que se trata de una causa de justificación, distinguiéndola del cumplimiento del deber porque, en éste, la conducta del agente se relaciona directamente con la Ley sin la intermediación del superior jerárquico** o sin la voluntad del dicho superior en la primera obediencia debida hay una triple relación, superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero, que no se da en el cumplimiento del deber”. (La negrita es añadida).*

Algunos autores han querido ver los requisitos de esta eximente en el tenor literal del artículo 410.2 del Código Penal que regula el delito de desobediencia, y así se ha propuesto que los elementos que deben concurrir para apreciar la obediencia debida sean: que la orden proceda de la autoridad superior; dentro de sus competencias; revestida de las formalidades legales;

⁸⁰⁷ BARCELONA LLOP, J., “Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pp. 187-188.

⁸⁰⁸ Sobre si la obediencia debida excluye la antijuridicidad o la culpabilidad vid. VIVES ANTÓN, T.S., “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Revista de estudios penales y criminológicos*, 1980-1981, pp. 133-147.

que no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley.⁸⁰⁹ Otros autores añaden también un elemento subjetivo idéntico al exigido en la eximente de cumplimiento de un deber consistente en que el sujeto debe conocer dichos requisitos y actuar con la voluntad de su cumplimiento.⁸¹⁰

Este último inciso referido al debido cumplimiento de órdenes que “no constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley”,⁸¹¹ que se recoge en el apartado 2º del artículo 410 CP, es el que ha propiciado que la principal problemática que presenta la obediencia se sitúe en si es obligatorio el cumplimiento de mandatos antijurídicos derivándose de ello un importante debate doctrinal, puesto que en principio “no cabría penar a quien el inevitable cumplimiento del deber lo llevó a la realización de un tipo pena”.⁸¹² Así las cosas, podemos partir de la idea de que si la orden recibida es lícita su cumplimiento es obligatorio y no presenta mayor problema y en sentido contrario, con la misma lógica, si la orden es ilícita no debería cumplirse, y en este segundo punto cabría preguntarse: ¿es obligatorio cumplir

⁸⁰⁹ LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General... Opus cit.*, pp. 319-320; En un sentido similar aunque con matices CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, p. 304; MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 368; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, pp. 509-510.

⁸¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas... Opus cit.*, p. 282; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 18. I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho”, en GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General... Opus cit.*, p. 470; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “Capítulo 16. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.”, en ROMEO CASABONA, C.M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito... Opus cit.*, 2013, p. 232.

⁸¹¹ Aborda el significado que la doctrina otorga a los conceptos de *manifiesta* y *terminantemente* BARCELONA LLOP, J., “Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad”... *Opus cit.*, p. 197, nota 64.

⁸¹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Revista de Derecho* nº 46, 1992, p. 197. Sobre la construcción dogmática e histórica de los delitos de desobediencia en general vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, *Revista de cultura de la legalidad* nº 4, 2013, pp. 208-215.

una orden antijurídica?.⁸¹³ La respuesta, como veremos, dependerá del adjetivo que acompañe a dicha ilicitud.

Al hilo de lo anterior, puede decirse que desde las principales teorías que se siguen en este asunto («teoría de la apariencia» y «teoría de la nulidad» entre otras propuestas)⁸¹⁴, las soluciones a las que han llegado los autores pasan por entender que la obediencia debida justificaría el cumplimiento de una orden antijurídica y por otro, que la desobediencia de una orden ilegal también quedaría justificada por la eximente recogida en el artículo 20.7ª CP.⁸¹⁵ En este punto, MIR PUIG va un paso más allá y señala que hay que obedecer la orden incluso cuando ésta pueda parecer que constituye un delito, justificando este argumento en que en muchas ocasiones el subordinado no tiene medios suficientes para valorar en ese momento la ilicitud de la orden recibida.⁸¹⁶

Como podemos apreciar se trata de dos posturas totalmente antagónicas, a la que OLMEDO ha sumado una tercera, consistente en que si la orden tiene la apariencia de lícita pero posteriormente no lo es, quedaría justificada su conducta por aplicación del estado de necesidad previsto en el artículo 20.5ª CP.⁸¹⁷ En este sentido señala que se produce un conflicto entre el principio de jerarquía y el necesario respeto a la Ley y el Derecho, que debe resolverse a favor de éste último puesto que se configura como un valor superior. En sentido contrario significaría dar preferencia al principio de

⁸¹³ COBO DEL ROSAL, M /VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 484, niegan que existan en nuestro ordenamiento jurídico “mandatos antijurídicos obligatorios” a tenor de la redacción contenida en el artículo 410 CP. En el mismo sentido OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 582. En contra CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito...Opus cit.*, pp. 305-306.

⁸¹⁴ Vid. sobre el modo de estructurar este asunto en base a dichas teorías, HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J., “A vueltas con la obediencia debida: ¿mandatos antijurídicos obligatorios?”, en *RJUAM*, nº 22, 2010, pp. 145-170. Asimismo se pronuncia sobre dichas teorías, MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 510 y ss; MORILLAS CUEVA, L. *La obediencia debida...Opus cit.*, pp. 67-69.

⁸¹⁵ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 578.

⁸¹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 510.

⁸¹⁷ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal...Opus cit.*, p. 581.

jerarquía que parece no ser aceptable a tenor de la proclamación del principio de legalidad y del Estado de Derecho que hace el artículo 1 CE.⁸¹⁸

El tratamiento jurisprudencial de esta cuestión parte de negar la aplicación de la eximente en caso de que la orden sea manifiestamente ilícita. Así, la STS de 6 de marzo de 2001, refiriéndose a la obediencia debida señala lo siguiente:

*“Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, sentencias 19 de mayo 1995 (RJ 1995, 3584) y 24 junio 1997 (RJ 1997, 4973) , ha declarado que es **requisito esencial que el mandato a que se obedece no tenga como contenido una acción u omisión manifiestamente ilícita**. Y tan esencial es este requisito que su falta afecta al mismo concepto en que se pretende fundar la exención de responsabilidad criminal, de modo **que no cabe hablar de obediencia debida (tampoco de cumplimiento de un deber) ni como eximente completa ni como incompleta**. Quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna de tales eximentes, ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación en la sanción correspondiente. En los hechos probados de la sentencia **no se relata la existencia de una orden dirigida por el otro acusado a la acusada aquí recurrente, sino un acuerdo entre ambos, puesto de relieve por la expresión «con la ayuda de Eunat» que recoge la sentencia en los párrafos primero, tercero y cuarto del relato fáctico después de atribuir al otro acusado la confección de los documentos falsificados. Por otra parte, y en relación con la jurisprudencia citada, resulta del relato de hechos probados que la acusada conocía la ilicitud de su conducta, pues no puede aceptarse que considerara lícito presentar a una entidad bancaria documentos falsos para obtener préstamos**”. (La negrita es añadida).*

Es representativa acerca de los requisitos que deben concurrir para apreciar la obediencia debida, la STS de 22 de abril de 1983 (caso de intentona golpista del 23 de febrero de 1981),⁸¹⁹ que ya hemos citado en este epígrafe, en la que, de forma detallada, se analizan los elementos que deben concurrir para poder apreciar dicha figura:

*“Con carácter general, este Tribunal -véanse sentencias de 7 de Noviembre de 1.885, 4 de Marzo de 1.886, 23 de Junio de 1.894, 23 de Noviembre de 1.950, 10 de Diciembre de 1.970, y 27 de Noviembre de 1.976 , y también, la muy importante por referirse a **obediencia en la esfera militar** de 16 de Agosto de 1.936, **exige, para la estimación de la eximente estudiada: a) una orden***

⁸¹⁸ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal... Opus cit.*, pp. 577-578.

⁸¹⁹ Se ocupan asimismo del análisis de estos requisitos entre otras muchas las SSTS 137/2009, de 22 de octubre; 793/2005, de 20 de junio; 2881/1995, de 19 de mayo y 16 de mayo de 1983 (caso Almería).

*pues no basta la mera indicación (sentencia de 18 de Diciembre de 1.957) emanada de una autoridad superior b) que la orden se encuentre dentro de los límites de la **competencia** de quien ordena y c) que esté **revestida de las formalidades legales** habiendo añadido, la sentencia de éste Tribunal de 30 de Abril de 1.976, que cita las de 23 de Mayo de 1.969, 23 de Julio de 1.973 y 22 de Mayo de 1.974 , que **la orden delictiva no vincula al inferior, y que, en todo caso, es indispensable: 1º subordinación del que obedece** respecto al que manda 2º) que, tal **subordinación**, sea ordenada o **reconocida por la ley 3º) mandato legítimo 4º) que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que la ha dado y 5º) que no haya obligación, en el subordinado, de examinar si la orden es justa o injusta**". (La negrita es añadida).*

Y la propia resolución añade un requisito más referido a la posibilidad de desobedecer ciertas órdenes si suponen un acto manifiestamente contrario a la Ley:

*"la Ley de 6 de Noviembre de 1.980 , que reformó profundamente el citado Código, el rigor se acentúa, tanto en tiempos de paz como en los de Guillermo , puesto que, la redacción consecutiva a dicha Ley, de la circunstancia 12, agrega a "El que obra en virtud de obediencia debida", el siguiente inciso: "**Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la de Guillermo o constituyan delito, en particular contra la Constitución**", y, por otra parte, la disposición citada, introduce en el artículo 328 del Código de Justicia Militar (LA LEY 6/1945) , un párrafo, mediante el cuál, la desobediencia no será tal "**cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la Guillermo o constituyan delito, en particular contra la Constitución**". (La negrita es añadida).*

A la vista del tratamiento jurisprudencial respecto de los requisitos que deben exigirse para aplicar la obediencia debida, actualmente reconducida por la exigencia de cumplimiento de un deber, podemos concluir que es coincidente con el aportado por la doctrina incluso en su principal problemática acerca de si es obligatorio el cumplimiento de mandatos antijurídicos y de cuya cuestión nos ocuparemos al final del epígrafe.

Esta misma estructura es perfectamente asumible en el ámbito militar donde precisamente el principio de autoridad y jerarquía cobra una especial relevancia, y donde hay que situar a los miembros de la Guardia Civil como

Cuerpo de naturaleza militar.⁸²⁰ Así, el artículo 8 del recientemente modificado Código Penal Militar⁸²¹ establece que: *“Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, para que lleve a cabo u omite una actuación concreta”*.

Del mismo modo artículo 44 del texto penal militar se regula el delito de desobediencia aludiendo a los mismos términos ya expuestos: *“No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados”*.⁸²²

Así, entre los supuestos tratados por la Sala de lo militar del TS, puede citarse como resolución representativa,⁸²³ la STS (Sala 5ª) de 12 de diciembre de 2013, referida a un supuesto en el que una patrulla de la Guardia Civil de Tráfico compuesta por dos agentes, uno de los cuales ejercía funciones de jefe de dicho servicio, siendo el segundo su auxiliar y por tanto aquél superior funcional de éste. Debido a la niebla el jefe de la patrulla decide abandonar la zona de vigilancia asignada por los mandos sin dar aviso a la central, hecho del que tuvo conocimiento el Alférez Jefe del Destacamento, que sancionó, para el

⁸²⁰ La STS de 22 de abril de 1983 ya citada se refiere a esta singularidad de la obediencia debida en el ámbito militar señalando que *“en la esfera castrense, como la seguridad y eficacia de los Ejércitos reposa en los pilares fundamentales de la disciplina y de la subordinación, la doctrina sostiene que, en tiempo de Guillermo, la obediencia ha de ser ciega, inflexible e incondicional, y, en tiempo de paz, al no darse en el Código de Justicia Militar (LA LEY 6/1945) un precepto semejante al del artículo 369, párrafos segundo y tercero, del Código Penal común, el subordinado que cumple las órdenes de su jefe natural con el que se halla vinculado jerárquicamente, queda exonerado de responsabilidad, a menos que lo mandado constituya "atrocitatem facinoris" pero, esto no obstante, el Código de Justicia Militar (LA LEY 6/1945), a partir de la reforma de 21 de Abril de 1.949, en la circunstancia 12 de su artículo 185, ya cuida de añadir "Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella"*.

⁸²¹ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

⁸²² Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones como la STS (Sala 5ª de lo Militar), de 6 de julio de 1992.

⁸²³ En el mismo sentido vid., entre otras, las SSTs (Sala 5ª de lo Militar) de 15 de marzo de 2013; 9 de febrero de 2010; 7 de marzo de 2003.

caso que nos interesa, al auxiliar de la patrulla, por haber abandonado dicho cometido asignado. El Tribunal Militar Cuarto anuló la sanción disciplinaria que fue recurrida por la Abogacía del Estado. La defensa de este agente alegó que su actuación estuvo motivada por obedecer la orden de su compañero que actuaba como superior funcional, y por tanto solicita que siga anulada la sanción, siendo estimada esta petición por el TS, con los siguientes razonamientos:

*“Constituye presupuesto de cualquier reproche disciplinario, por negligencia en el cumplimiento de obligaciones profesionales de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil; primero la especificación de la obligación incumplida o inexactamente ejecutada por tratarse de tipos disciplinarios en blanco, y en segundo lugar, que exista la posibilidad de actuar el encartado de modo distinto a como lo hizo en el caso en cuanto destinatario de la norma, porque la culpa o negligencia consiste básicamente en la omisión del deber de diligencia que resulta exigible según las circunstancias, y encuentra su fundamento tanto en el poder comportarse en determinado sentido como en el deber de evitar las consecuencias a cuya prevención tiende la norma de cuidado. En este sentido, lo primero que debe resaltarse es que la Patrulla estaba integrada por el Jefe de Pareja que la mandaba, y por el Guardia Erasmo como Auxiliar y subordinado de aquel. Hemos dicho con reiterada virtualidad que el desempeño del cometido de Jefe de Pareja en el ámbito del Instituto Armado, atribuye a quien lo ejerce la condición de superior respecto del Auxiliar en función del mando que ocasionalmente le corresponde, según lo dispuesto en el art. 12 del Código Penal Militar (LA LEY 2929/1985) , (Sentencias 09.05.1990 ; 06.06.1991 ; 22.11.1992 ; 11.06.1993 ; 24.10.1994 ; 11.11.1995 ; 04.06.1998 ; 15.03.1999 ; 03.04.2000 ; 02.12.2000 ; 10.04.2002 ; 03.12.2003 ; 15.07.2004 ; y 09.05.2005 ;; entre otras), posición relativa que viene fijada por el **principio de jerarquía** y que resulta determinante de la responsabilidad inherente al ejercicio del mando militar (arts. 9 y 55 pfo. segundo de las RROO. para las Fuerzas Armadas aprobadas por RD. 96/2009, de 6 de febrero (LA LEY 1301/2009), de aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil (según art. 2.2 de dichas RROO. y RD. 1437/2010, de 5 de noviembre (LA LEY 22081/2010)). Según dispone el citado art. 55 pfo. segundo "la responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartido", de manera que **la eventual responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes de los superiores que no entrañen la ejecución de actos constitutivos de infracción penal, será exigible a quien actúe en el ejercicio del mando mientras que respecto de los subordinados en la relación jerárquica, resultará aplicable la obediencia debida en cuanto causa de justificación de la antijuridicidad de la conducta ordenada.** Por dos razones comparte la Sala el criterio del Tribunal de instancia. En primer término, porque no consta cual fuera el deber de diligencia exigible al Auxiliar de Pareja en función de cualquier capacidad de decisión autónoma que pudiera corresponderle en el caso; y en segundo lugar porque habiéndose atendido a lo ordenado por quien ostentaba la condición de superior funcional, estaría amparado por la debida obediencia a la decisión adoptada por el mando”. (La negrita es añadida).*

De lo dicho hasta aquí puede concluirse que los miembros de las FCS no tienen obligación de obedecer las órdenes cuyo contenido ilícito conocen, puesto que si dicha obligación no existe no puede calificarse la obediencia como “*debida*” y por tanto no cabe aplicar la eximente de cumplimiento de un deber, puesto que, como ya sabemos, las causas de justificación se proyectan sobre supuestos típicos que en este caso no ocurre.

Por otro lado hay que decir que si la orden es aparentemente lícita es obligatorio su cumplimiento, aun en el caso de que *ex post* se compruebe que dicha orden era antijurídica, puesto que de otro modo, quedaría vacío de contenido el principio de jerarquía y subordinación consagrados en la LOFCS, especialmente relevante, como hemos dicho en el ámbito castrense. En este caso, la obediencia a dicha orden, que posteriormente deviene contraria a la Ley sería obligada, aunque, en este punto, se plantea la duda de si estaría justificada por el cumplimiento de un deber, por cuanto afirmar que se aplica en estos casos una causa de justificación como esta, significaría obligar al ciudadano a soportar dicha acción finalmente ilícita. Por otro lado supondría asimismo afirmar que el deber de obedecer al superior está por encima del deber de acatar la ley. Nos mostramos contrarios a estas dos últimas afirmaciones. Piénsese por ejemplo en el supuesto de que un juez dirige un escrito a los miembros de Policía Judicial ordenando la detención de una persona, la cual se produce, aunque posteriormente se comprueba que era ilícita al obedecer a motivos personales. Opino que en este caso, el agente que practica la detención (ilegal), por cuanto no se efectúa bajo los parámetros de la Ley, no podría ser castigado por este hecho ya que en estas circunstancias no tendría posibilidad de conocer el origen ilícito de la orden y no lo quedaría más opción que cumplirla. En este caso deberían aplicarse al agente las reglas del error invencible y por tanto declarar exenta de pena dicha conducta.

Por último, cabe mencionar los supuestos en los que el agente desobedece una orden aparentemente lícita que posteriormente se comprueba que era manifiestamente ilegal. En estos casos, como hemos visto, se ha dicho que dicha desobediencia podría estar justificada bajo el beneficio del estado de necesidad, si bien, en mi opinión, el desvalor de acción atribuible al agente que

no cumple con el deber de obedecer es claro aunque posteriormente el valor de resultado no se produzca, por cuanto no existía dicha obligación al ser antijurídica. Considero que puede trasladarse aquí la argumentación expuesta para el caso del elemento subjetivo de justificación, y castigar por tanto dicha conducta como intentada, y no como justificada por estado de necesidad. Opino que el estado de necesidad exige el conocimiento de estar evitando un mal que en este caso no se produce puesto que el agente desobedece conscientemente una orden que para él es lícita.

b) Análisis de un supuesto especial consecuencia de la obediencia debida: la doble sanción penal y disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Como hemos visto en el apartado anterior, cuando un miembro de las FCS desobedece una orden, podría estar cometiendo un delito de desobediencia previsto en el artículo 410 CP y al mismo tiempo una infracción administrativa calificada como grave o muy grave al Régimen Disciplinario del Cuerpo policial de que se trate. Este hecho nos introduce de lleno en la problemática de la doble sanción y la posible vulneración del principio *non bis in idem*, tal y como ha señalado BARCELONA LLOP.⁸²⁴

Así, el aspecto material del principio *non bis in idem*⁸²⁵ supone la prohibición de la doble sanción referida principalmente al caso de duplicidad de sanciones en distintos ámbitos –normalmente penal y administrativo-, aunque también cabe la concurrencia con sanciones laborales por ejemplo, y asimismo también es aplicable a otros casos como la duplicidad de acciones penales⁸²⁶ o administrativas.⁸²⁷ Por lo que aquí interesa, nos vamos a referir en especial

⁸²⁴ BARCELONA LLOP, J., “Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad”...*Opus cit.*, pp. 205 y ss.

⁸²⁵ Vid. sobre ello VELASCO NÚÑEZ, E. / MARAÑÓN GÓMEZ, R., “Principio non bis in idem”, en *Diario La Ley*, nº 7250, 2009, pp.1-3.

⁸²⁶ STC 66/1986, de 23 de mayo, (F.J. 2), que dice que “es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales”

⁸²⁷ STC 221/1997, de 4 de diciembre, (F.J. 3).

al primero de ellos, es decir a la posible compatibilidad entre el castigo penal y administrativo.

Si esta es la regla general –prohibición de doble sanción- el Tribunal Constitucional ha establecido la excepción a dicho principio en la STC 2/1981, de 30 de enero, en la que en primer lugar define el principio aludido en los siguientes términos:

“El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”

Esto supone que no cabe la duplicidad de sanciones en el caso en que se produzca una concurrencia de mismo sujeto, mismo hecho y las sanciones que se puedan imponer en el orden penal y administrativo tengan el mismo fundamento, es decir cuando se produzca la denominada “triple identidad”. Por el contrario sí que cabe la doble sanción en el caso de que el fundamento sea distinto, o si existe una relación de sujeción especial con la Administración, como es el caso de los funcionarios, concesionarios, etc. La justificación que esgrime el Tribunal Constitucional es que “*el ius puniendi*” que se ejercita con la sanción administrativa no es el “*genérico del Estado*”.⁸²⁸

Pero ¿cuándo podemos hablar de identidad de sujeto, de hecho y de fundamento?, ¿en qué casos podremos decir sin miedo a equivocarnos que estamos ante un caso en que el fundamento es distinto?, y por último ¿qué interpretación realiza el Tribunal Constitucional cuando introduce la excepción al principio *non bis in idem* al hablar de casos de relación especial?.

Para abordar estas cuestiones por el mismo orden en que han sido planteadas podemos decir que la *identidad de sujeto* existe cuando es la misma

⁸²⁸ STC 2/1987, de 21 de enero. (F.J. 2).

persona la que con su actuación comete una infracción penal y al mismo tiempo una infracción administrativa. Pero además nos permite solucionar problemas de concurrencia entre persona física y persona jurídica. Piénsese por ejemplo en el caso en que una persona física que actúa como administrador de una empresa, que comete una infracción penal y la citada sociedad infringe una disposición administrativa.

En estos casos nos enfrentamos a una duplicidad de sanciones, en las que el sujeto es el mismo aunque técnicamente sean distintos.

Pero también hay que decir que el ajuste del citado “*elemento de la norma*”, es un acto que se realiza normalmente desde la sede del ordenamiento administrativo, ya que según establece el Tribunal Constitucional, la Administración debe ceñirse a los hechos probados previamente como ciertos por los Tribunales de Justicia.

La *identidad de fundamento* es cuestión más delicada⁸²⁹, ya que en ella radica la posibilidad de que se pueda aplicar o no el principio *non bis in idem*.

Para poder analizar la cuestión del fundamento, debemos preguntarnos ¿qué se entiende por fundamento? El TC no ha ofrecido ninguna definición de fundamento, pero al analizar sus resoluciones se pueden extraer los casos en que ha considerado que el fundamento es el mismo y los casos en los que entiende que esto no es así. Así, el TC ha considerado que las sanciones penales y administrativas que pueden concurrir, no deben obedecer a la misma perspectiva de defensa social,⁸³⁰ a la protección del mismo interés jurídico⁸³¹ o del mismo bien jurídico⁸³².

Actualmente se puede decir que existen dos posibilidades sobre el concepto de fundamento, identificándolo en el primer caso con el bien jurídico

⁸²⁹ VELASCO NÚÑEZ, E. / MARAÑÓN GÓMEZ, R., “Principio non bis in idem”, en *Diario La Ley*, nº 7250, 2009, p. 2.

⁸³⁰ STC 159/1985, de 27 de noviembre (FJ 3)

⁸³¹ SSTC 234/1991, de 10 de diciembre, (FJ 2); 270/1994, de 17 de octubre, (FJ 7).

⁸³² STC 270/1994, de 17 de octubre (FJ 8).

protegido, y en el segundo caso vinculado al interés jurídico que la norma pretende proteger.

Es necesario delimitar en cada caso concreto, el interés jurídico que existe en la norma y el interés social que se intenta salvaguardar para poder comprender que se produzca la doble sanción, ya que solo en este caso sería admisible una doble sanción.

También el TC ha señalado que en caso de concurrencia de normas de distinta naturaleza, debe resolverse según los principios clásicos que existen para estos casos,⁸³³ haciendo una clara referencia a las reglas contenidas en el artículo 8 CP de especialidad, consunción, alternatividad y subsidiariedad.

Por lo tanto debemos plantear el problema de la doble sanción desde el punto de vista de la concurrencia de normas y no desde el concurso ideal de delitos, ya que en este último caso se produce una identidad de hechos pero no de fundamento.

Por último habría que analizar la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional sobre la excepción que introduce con la STC 2/1981, es decir, los *casos de relación de sujeción especial con la Administración*, que están dispensados de aplicación del principio *non bis in idem*, aunque se produzca la triple identidad. En estos casos el TC ha manifestado que no debe considerarse que los sujetos afectados por esta situación queden desprotegidos de sus derechos, y declara que:

“Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.”⁸³⁴

⁸³³ STC 159/1985, de 27 de noviembre.

⁸³⁴ STC 234/1991, de 10 de diciembre de 1991 y STC 270/1994, de 17 de octubre de 1994.

Pero en algunas ocasiones esta afirmación no se cumple y se produce la doble sanción, penal y administrativa,⁸³⁵ por ejemplo en el caso de agentes policiales, justificándose esta conducta, en las mismas Sentencias citadas anteriormente, en que *“el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento”*,⁸³⁶ por cuanto se atiende a “perspectivas diferentes” por producirse una diferencia cualitativa de ambas sanciones y en *“la diversidad de sus objetos y fines de tutela”* que en el caso de la sanción penal *“se orientaría a los intereses generales”* y en el caso de la sanción administrativa a *“los particulares de la organización administrativa misma”*.⁸³⁷

En relación a este tipo de situaciones en las que se produce una relación de sujeción especial, el Tribunal Constitucional mantiene dos posturas diferentes: una de las cuales (1) apuesta por el concurso ideal de delitos, sin que se produzca la triple identidad, y otra (2) diciendo que en estos casos lo que existe es una regla de solución de conflicto de normas.

En este sentido y analizando las posturas adoptadas por el Tribunal Constitucional, podemos utilizar la línea argumental que sigue, para esta cuestión, Guillermo Benlloch,⁸³⁸ cuyo planteamiento esquemático es el siguiente:

- 1.- Que nos encontramos ante la existencia de un concurso ideal.
 - a) Que el delito tenga relación con el servicio.
 - b) Que el delito NO tenga relación con el servicio.
- 2.- Que nos encontramos ante la existencia de un concurso de normas.

⁸³⁵ Analiza las diferencias entre la infracción penal y la infracción administrativa, VELASCO NÚÑEZ, E. / MARAÑÓN GÓMEZ, R., “Principio non bis in idem”, en *Diario La Ley*, nº 7250, 2009, p. 3.

⁸³⁶ Vid. por todos, ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, pp. 160-161.

⁸³⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...Opus cit.*, p. 44. nota 8 y SSTC citadas en este epígrafe.

⁸³⁸ BENLLOCH PETIT, G., “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario”. *Revista del Poder Judicial*, nº 51, 1998, pp. 303-376.

Analizando más profundamente cada uno de estos puntos, se pueden extraer las siguientes conclusiones acerca de la viabilidad de la doble sanción, o si por el contrario el doble castigo no es congruente en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación al primero de los supuestos planteados, en el que se apuesta por la aplicación de un concurso ideal, esto significaría que una sola acción lesiona una pluralidad de bienes jurídicos, y ello nos conduce a que no concurra la ya citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Se puede desvirtuar este razonamiento en base a sencillos argumentos, ya que el hecho de que las sanciones penales y administrativas persigan finalidades distintas (retributiva la primera y preventiva la segunda), no justifica que ambas puedan imponerse al mismo tiempo. Si se apuesta por el castigo de ambas infracciones debería arbitrarse la doble imposición según las reglas que regulan el concurso ideal que, si bien se dirige hacia la concurrencia de infracciones en el ámbito penal, por su similar estructura sancionadora podría ser aplicada en estos casos. Tampoco lo justifica el hecho de que cada uno de estos ámbitos defienda bienes jurídicos distintos, porque puede apreciarse que ello no es así. Piénsese por ejemplo en los delitos de prevaricación de jueces o funcionarios, el delito de cohecho o las detenciones ilegales por parte del funcionario, es decir todos aquellos delitos en los que el tipo ya considera la condición profesional del sujeto, como en el caso del funcionario. En estos casos el tipo penal ya ha considerado el daño que se puede infringir a la Administración Pública en el tipo penal sin que sea necesaria ninguna protección añadida. De hecho este tipo de delitos están agravados con respecto a la conducta general o básica al tener en cuenta este plus que debe salvaguardar.

Pero además, también en estos casos, se podría pensar a *sensu contrario* que en los delitos que no incluyen en el tipo la condición profesional del sujeto, sí que cabría la concurrencia de infracciones penal y disciplinaria, ya

que como hemos dicho anteriormente, no aparece la protección especial de la Administración como elemento integrante del tipo.

Llegados a este punto podemos diferenciar dos planteamientos posibles:

- a) Que el delito sea cometido en el ejercicio de la función profesional.
- b) Que el delito NO sea cometido bajo esta condición.

Comenzando por este último *supuesto b)*, no se produce ningún concurso ideal en el sentido ya expresado de proximidad entre ambos tipos de infracciones, ya que el hecho delictivo no contiene ningún aspecto específico de lesión a la Administración u *“organización”*, tal y como plantea el autor.

En este momento se plantea la duda de si es posible que una persona que ostente esta relación de sujeción especial, pueda estar incurso en algún delito totalmente despojado de esa lesión a la Administración. En principio se puede decir que no es posible si planteamos que siempre que un delito sea cometido por un miembro de la organización ésta se vería afectada. Pero también podemos plantear que si la persona comete la infracción cuando se encuentra *“fuera de servicio”*, y sin ocasión de esta función no se vería dañada ni siquiera indirectamente. Para este supuesto concreto, puede desaparecer la necesidad de sanción administrativa disciplinaria, quedando la sanción penal como suficiente, para proteger el daño infringido. En este sentido hay que recordar que hasta hace poco, los reglamentos disciplinarios establecían como falta la comisión, sin más, de un delito, sin exigir que el sujeto se encontrara bajo la relación del servicio, y así dar cobertura disciplinaria a los casos en que los delitos se cometieran fuera de servicio.

Precisamente la STC 234/1991, de 10 de diciembre ha profundizado en esta cuestión y ha establecido los criterios que se deben seguir para el caso de que esa relación de sujeción sea por parte de los componentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, cuya irreprochabilidad penal sí que es, en todo caso *“un interés legítimo de la Administración”*, ya que como determina la

ley, a ellos corresponden las misiones de eficacia del servicio, y averiguación y persecución de los delitos, que se verían afectadas de forma grave:

“si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar los mismos actos que, en interés de la sociedad, tienen como misión impedir”. Pero también en el caso del personal militar, se entiende que “la condición de militar profesional, conlleva la exigencia de un comportamiento ético, más estricto tanto en razón de la función pública que les está encomendada, como por la magnitud o potenciales efectos de los medios que les están confiados”.

Vistos estos argumentos, podría pensarse que en estos casos taxativos, cuando se es miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, o militar de carrera, sí que se podría sancionar disciplinariamente una vez condenado por delito, pero tampoco parece muy sostenible esta afirmación, por cuanto que normalmente las sanciones disciplinarias son en muchos casos más graves que las penales y no pueden arbitrarse como penas accesorias. Pero además por el hecho de que el sujeto sea policía o militar, no puede significar que posea una obligación de respetar la norma más, que al resto de funcionarios.

Pero también se produciría otra desigualdad entre los funcionarios y el resto de trabajadores ajenos a la Administración, ya que en este último caso si un trabajador comete un delito no se da importancia a la relación que mantiene con su actividad laboral, pero sí se le da al funcionario. Esta desigualdad cobra toda su importancia si pensamos en que un mismo hecho sea cometido por un funcionario y por un trabajador contratado por la Administración, ya que la sanción impuesta a cada uno de ellos sería muy distinta en perjuicio del primero.

Por estos motivos analizados no se puede mantener la postura de que en estos casos se produce una concurrencia de infracciones, ya que, como acabamos de comprobar, no se produciría un daño especial a la Administración, en los casos en que el delito sea cometido en la situación que hemos llamado *“fuera de servicio”*.

Ahora debemos analizar el supuesto a), que como hemos adelantado, trata los supuestos de delitos cometidos en relación con el servicio, es decir cuando el sujeto está cumpliendo su función, en los que sí podemos hablar de un concurso ideal y por lo tanto utilizar la solución del doble castigo, por considerar que ambas sanciones responden a fundamentos distintos.

En este caso, corresponde arbitrar la existencia de un concurso ideal entre el ilícito disciplinario y el delito cometido por el funcionario cuyo tipo penal no incluye ninguna referencia a esta situación de relación especial con la Administración por parte del funcionario que lo comete.

Pero si es así y no existe ese componente extra de protección de la Administración, porque el tipo no lo ha considerado importante, sí aparece en cambio en las consecuencias jurídicas a dicha conducta. *(Sirva como ejemplo el tratamiento que reciben las penas accesorias de carácter profesional en el Código Penal de 1995)*

Por tanto, podemos afirmar que una vez analizada la reacción penal de forma global, no puede sostenerse que en este tipo de delitos que no contemplan en el tipo la relación con la Administración, pero son cometidos por un funcionario en ejercicio de sus funciones, deja de protegerse penalmente la Administración, pues a este distinto bien jurídico, sí se atiende a través de la pena accesoria profesional, y no hace falta que se proteja nuevamente por las sanciones disciplinarias en régimen de concurso ideal.

En relación al segundo supuesto, en el que se opta por la aplicación de una especial regla de solución de un supuesto de concurso de leyes, esto significa que a un supuesto de hecho se pueden aplicar varias disposiciones y solo una de ellas es la que se puede aplicar. El concurso de leyes lo que hace es conjugar varios supuestos disciplinarios sancionadores ofreciendo la posibilidad del doble castigo, aunque dichos preceptos protejan el mismo bien jurídico.

Así entendido, el concurso de normas, no es más que una técnica jurídica que nos permite saber cuál es la preferencia del legislador en casos de concurrencia. Pero también podemos interpretar que es también una limitación que afecta al propio legislador en su capacidad sancionadora, ya que no puede articular varios castigos a una misma conducta e intentar aplicarlos, cuando en ellos se está produciendo además un ataque al mismo bien jurídico. Esta postura es la que defiende el Tribunal Constitucional en la STC 234/1991, de 10 de diciembre, ya citada.

De lo analizado hasta ahora se desprende una primera conclusión, que consiste en que únicamente cabe la doble sanción penal y administrativa cuando resulten infringidos diversos bienes jurídicos, en cuyo caso estaremos ante un concurso ideal y no de normas.

Pero es innegable que el legislador ha querido que se pueda aludir a dos órdenes distintos para sancionar un único desvalor. Pero si ello es así el daño sufrido por la Administración solo se vería resarcido cuando ambos órdenes fuesen aplicados, es decir con la doble imposición de castigos. Pero también es cierto que esta partición del castigo puede ocultar al juez una visión clara del castigo que debe imponer, ya que normalmente desconocerá la sanción que posteriormente se impondrá en el orden administrativo, con lo que no podrá calibrar bien su comportamiento para que sea equitativo y proporcionado con el ilícito cometido, siendo además dos órganos distintos los que enjuician el hecho, sin que exista entre ellos una eficaz comunicación de sus actividades. El principio de subsidiariedad establece un tratamiento unitario, coherente y eficaz de las sanciones que de esta forma no se produciría.

En definitiva, estas interpretaciones, como se ha visto, resultan inconsistentes, al resultar vulnerado claramente los principios de proporcionalidad y subsidiariedad y todo el problema del *non bis in idem* queda reducido a un problema de concurso de leyes, que sí que puede evitar la doble sanción, aunque el Tribunal Constitucional la utilice en los casos de sujeción especial con la excepción introducida en la ya citada STC 234/1991.

Una vez llegados a este punto se hace necesario delimitar el concepto de sanción penal y sanción administrativa y la relación existente entre ambas disciplinas para llegar a saber si el principio *non bis in idem* puede ser aplicado en ambos órdenes normativos por igual. La atención se centra en la naturaleza de las infracciones o ilícitos tanto administrativos como penales para solucionar si el principio puede ser válido para los dos ordenamientos. La mayoría de la doctrina entiende que pueden existir dos tipos de diferencias aplicables a estos ilícitos, que se pueden dividir en diferencias de carácter cualitativo o cuantitativo.

La cuestión de la naturaleza que posee la pena y la sanción administrativa, es junto al concepto de fundamento, aspecto fundamental para dar total significado a la posibilidad de la doble sanción.

En este sentido podemos decir que ambas sanciones poseen un núcleo idéntico, un denominador común esencial entre ellas, que no es más que una reacción punitiva que se activa ante una infracción previa.

Abundando también sobre la naturaleza de ambos tipos de sanciones se ha dicho que *“esta identidad básica constituye el único punto de partida realista, pues reconoce el hecho evidente de que lo decisivo, lo que importa antes que nada a quien padece la pena o la sanción administrativa, no es el por qué se le impone, sino el carácter de mal que para él tiene”*⁸³⁹

Dentro de la fórmula de la triple identidad está presente la idea de la distinta naturaleza de las infracciones, ya que según sus partidarios los fines que persiguen una y otra son distintos y tiene su importancia en la aplicación del principio *non bis in idem*, ya que si llegamos a la conclusión de que ambos ilícitos se activan ante la comisión de una infracción, ya estamos reconociendo también una similitud mínima o esencial que hace que el sistema de sanciones del ordenamiento jurídico no sancione al ciudadano más de lo estrictamente

⁸³⁹ BENLLOCH PETIT, G., “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario”...*Opus cit.*, p. 311.

necesario y rebase así el principio de proporcionalidad del que deriva el principio.

Esto explica que si consideramos que ambas infracciones poseen la misma naturaleza, aplicar a un sujeto una infracción penal y posteriormente una infracción administrativa por los mismos hechos, se produciría una vulneración del principio *non bis in idem* al volver a castigar el mismo hecho dos veces.

En este sentido hay que poner en relación el contenido del artículo 8.3 de la LOFCS, que establece que: *“La iniciación de procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la administración. Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios”*.

Por su parte, el artículo 4 de la LO 12/2007, de 22 de octubre del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil se pronuncia en idénticos términos al señalar que: *“La iniciación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva de dichos procedimientos sancionadores sólo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados”*, o el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, que establece que: *“2.La iniciación de un procedimiento penal contra funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no impedirá la incoación de procedimientos disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, su resolución definitiva sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el*

ámbito penal sea firme y la declaración de hechos probados que contenga vinculará a la Administración. 3. Solo podrán recaer sanción penal y administrativa sobre los mismos hechos cuando no hubiera identidad de fundamento jurídico y bien jurídico protegido”.

Puede apreciarse que este último precepto transcrito menciona expresamente el asunto que venimos tratando, y permite la doble sanción tal y como viene haciéndose en el seno de los Cuerpos policiales y tal y como vienen confirmando las resoluciones de los diferentes órganos jurisdiccionales.

Como **conclusión** de lo dicho hasta aquí se puede decir que atendiendo a los argumentos expuestos en el presente estudio, se hace complicado justificar que pueda existir una compatibilidad entre sanciones penales y administrativas, sin un análisis y estudio muy minucioso del caso concreto, toda vez que la inaplicación del principio *non bis in idem* lleva consigo una clara vulneración de los principios constitucionales de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, entre otros, que sólo en casos muy justificados podrían admitirse.

El principio *non bis in idem* no tienen incidencia, según el Tribunal Constitucional, y por tanto es posible la doble sanción penal y administrativa, en el caso en que produzca una diferente identidad de sujeto, hecho o fundamento, si bien originariamente, la STC nº 2/1981, de 30 de enero, observaba otro supuesto y era el de las relaciones de sujeción especial, aunque la triple identidad se cumpliera. Fue posteriormente cuando el propio TC realizó un ajuste en sus apreciaciones y consideró incluido en el primer supuesto los casos de “*sujeción especial*”, que se puede ver en la STC 234/1991, de 10 de diciembre.

Así, puede decirse que si la diferencia entre el ilícito disciplinario y el ilícito penal es cuantitativa, la identidad de fundamento material establecida en el artículo 103 de la CE, como la tutela conjunta de los intereses generales de los ciudadanos, debe prevalecer la infracción más grave y, por tanto, la que lleve aparejada pena más grave. La de menor desvalor, que debiera ser en

todo caso la infracción disciplinaria, sólo entraría entonces en aplicación cuando la norma penal, por las razones que fueren –como escasa entidad del ataque al bien jurídico- no resultare aplicable al caso particular.

En los últimos años la doctrina del TC ha evolucionado y viene negando la doble sanción penal y administrativa por vulneración del principio *non bis in idem* en los casos en los que las infracciones de ambos ordenamientos compartan un elemento nuclear común, como sucede en los delitos de funcionarios, cuyo bien jurídico es la Administración pública entendida como servicio al ciudadano, en cuyo caso se aplicará con preferencia la de carácter penal o bien se descontará de ésta la sanción administrativa ya cumplida, si así ha ocurrido. Ello no obsta, para que en los supuestos en que dicho desvalor no es coincidente pueda alcanzar un doble castigo al entenderse que el fundamento es distinto.⁸⁴⁰

⁸⁴⁰ Vid. en este sentido, la STC 2/2003, de 16 de enero, en la que alude al «doble reproche afflictivo» que sí que se permite en contra de la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento. Se pronuncia acerca de estos aspectos la STC de 7 de julio de 2005. En un sentido similar, vid. la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª) de 12 de junio de 1998, que referida a un supuesto en el que un agente de CNP es condenado por diversos delitos contra la Administración Pública y al mismo tiempo en vía administrativa, considera que se ha vulnerado el principio *non bis in idem* y por tanto anula la sanción administrativa.

CAPÍTULO VI - CONCLUSIONES

CAPÍTULO VI - CONCLUSIONES

1.- El Código Penal regula expresamente en la circunstancia 7ª del artículo 20 la causa de exención de la responsabilidad criminal consistente en obrar en el cumplimiento de un deber, o en ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo. De estas alternativas posibles, y por las razones que luego explicaré, el cumplimiento de un deber es la que mejor acoge los supuestos referidos a actuaciones en el ámbito policial donde el agente se ve obligado a utilizar la fuerza para el cumplimiento de su misión.

La eximente en examen tiene su primer antecedente penal directo como norma recogida en un solo precepto con vocación de aplicación general en el Código Penal de 1848. Hasta ese momento, los primeros textos de contenido penal conocidos, como el Código de Hammurabi o los relativos al Derecho Hebreo, regulaban la eximente junto a la correspondiente figura delictiva concreta. Hay que destacar que estas normas contienen preceptos con estructuras similares a la de la eximente de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, aunque con matices, por tratarse de normas que carecen de una sistemática aparente, como por ejemplo la que se refiere al derecho del marido a matar al hombre que yace con su mujer, que contempla la Ley 129 de Hammurabi y que también se prevé en el Derecho romano (Ley 13, 47, 10, del Digesto de Justiniano), en el Derecho penal canónico (derecho a matar al ladrón nocturno) y en el Derecho musulmán (versículo 19, sura IV, del Corán), y que alcanza asimismo a nuestras “leyes patrias” como el Fuero Juzgo (Ley 15 y Ley 16, Título 3, Libro 7), el Fuero Real (Ley 1, Título 17, Libro 4), las Leyes de Partida (Ley 3, Título 8, Partida VII) y la Novísima Recopilación (Ley 1, Título 21, Libro 12).

Del mismo modo, en el Derecho romano encontramos una norma que excluye de pena las acciones ejecutadas en cumplimiento de una obligación ineludible, referida al magistrado que, dentro de los límites de su competencia, ordena un acto que lesiona un derecho. En este mismo contexto se sitúan también las acciones efectuadas en virtud de un mandato superior, como son los actos realizados por los esclavos por orden de su señor o los que se

ejecutan por mandato judicial. Surge así, en estos últimos casos, una primera referencia a la obediencia debida, que como veremos posteriormente, se reconduce en la actualidad al ámbito de la exigente de cumplimiento de un deber. Se puede apreciar aquí una diferencia entre la conducta del magistrado que cumple directamente los mandatos de la Ley y la de quien cumple la orden del magistrado, aunque en este último caso cabría matizarse que, si el deber de obedecer al juez también se prevé en la Ley, ambos supuestos quedarían comprendidos bajo la obligación legal de cumplir con el deber y por tanto supondrían ejemplos de cumplimiento de un deber.

El Derecho penal canónico igualmente contiene referencias al cumplimiento de un deber establecido en la ley, en relación a jueces y verdugos, y asimismo y de manera algo más nítida la Ley 14, Título 17 de la Partida VII de Alfonso X el Sabio, en la que se establece que ante el supuesto en el que un padre hallare a su hija casada yaciendo con otro hombre, *“los deue matar a ambos, e non a ninguno”*. Es relevante en este punto la expresión *“los deue”*, que impone un deber al padre y no únicamente el ejercicio de un derecho, aunque posteriormente se matiza dicha obligación al abrirse la posibilidad de no matar a ninguno de los dos. Con un significado similar se regula la obligación de matar al que por linaje deba vengar a otro en la Novísima Recopilación (Ley 1, Título 21, Libro 12).

Se aprecia, por tanto, que la exigente de ejercicio del derecho convive con la de cumplimiento de un deber aunque con las matizaciones expresadas puesto que si bien el resultado es el mismo -la exención de pena-, ni la naturaleza ni el fundamento que se les otorga en la actualidad son equiparables.

2.- El primer texto penal fruto de la Codificación fue el Código penal de 1822, que, aunque no incluye la figura en examen, sí que contiene preceptos que regulan aspectos muy relacionados con ella; así, su artículo 624 CP permite matar al autor de un delito grave para la causa pública, o al que se resiste a la detención o bien huye, introduciéndose el requisito de proporcionalidad hasta entonces inédito.

Será el Código Penal de 1848 el primer texto penal codificado que recoja la eximente con una redacción prácticamente idéntica a la actual, cuyo germen se sitúa en el Proyecto de Código Criminal de 1831, y que se ha mantenido presente en todos los textos penales desde entonces (Códigos penales de 1850, 1870, 1928, 1932, 1944/1973 y 1995). Influenciado dicho texto punitivo por los Códigos Penales de Italia y Brasil, que no contemplaban esta figura, la introducción de la eximente supuso una novedad en la época, siendo defendida por la doctrina, especialmente por Pacheco. El artículo 8.11º del CP de 1848 establecía que estaba exento de responsabilidad criminal: *“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”*. Solo se aprecian diferencias en el CP de 1870 que suprime el término *“autoridad”* y en el Código Penal de 1928 que cambió la expresión *“cumplimiento de un deber”* por *“cumplimiento de un precepto legal”*. A partir del CP 1932 el tenor literal vuelve a su redacción original y permanece ya prácticamente inalterado hasta la actualidad.

3.- Paralelamente a la evolución legislativa de la eximente hay que situar la de las fuerzas policiales puesto que serán sus componentes los que en buena medida podrán beneficiarse de su aplicación, dado que la propia etimología de la palabra “policía”, ya utilizada por los griegos, la vincula al cumplimiento de la Ley, y en este contexto, por razones obvias, cobra especial relevancia la de carácter penal. Sin perjuicio de que la creación y evolución de los cuerpos policiales a lo largo de la Historia haya sido muy dispersa y con competencias territoriales limitadas, entre los primeros Cuerpos de ámbito nacional puede situarse a la Guardia Civil que, fundada en 1844, nace casi al mismo tiempo que la primera regulación de la eximente que estudiamos en un texto penal con una estructura y significado como el actual (CP de 1848, como hemos visto). No obstante, los miembros de estos cuerpos policiales compartirán competencias en materia de orden público con otros sujetos en relación con los cuales también es posible apreciar la eximente como los Alcaldes, serenos, guardas, etc, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reagrupará bajo el estatus de “Policía Judicial”, con idénticas obligaciones en esta materia. De hecho, la primera sentencia del Tribunal Supremo (STS de 28 de enero de 1875), en la que aplica la eximente de cumplimiento de un deber

está referida a la actuación de un Alcalde de barrio y dos serenos cuya misión era la de ejercer la vigilancia y sostener el orden.

4.- Las referencias legales al “orden público”, a la “seguridad pública” y, mas recientemente, a la “seguridad ciudadana”, han suscitado entre los autores cierto debate en torno a su significado. En tal debate, a mi juicio, ha estado presente una connotación negativa por la vinculación de tales conceptos con épocas históricas en las que la carencia de derechos del ciudadano era algo tristemente establecido. En la actualidad, dichas nociones deben entenderse en un sentido estrictamente democrático y como sinónimo de tranquilidad y orden ciudadano, tal y como las ha definido el TC. No obstante ello, habría que añadir que estos conceptos siguen adoleciendo de una gran ambigüedad e indeterminación y por ello son criticados por la doctrina.

5.- Junto a los ya vistos de “policía”, “seguridad ciudadana” y “cumplimiento de un deber”, y de manera íntimamente vinculada a ellos, surgen otros dos conceptos. El primero es el de “deber jurídico” o “habilitación legal”, y el segundo el de “coacción” o “fuerza policial”, ya que para proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana por parte de la policía, tal y como se exige en el artículo 104 CE, y en las leyes que desarrollan este precepto, es necesario, en ocasiones, utilizar la fuerza o la violencia, hecho que podría desembocar en la apreciación de la eximente de cumplimiento de un deber, evidenciándose así el carácter coactivo del Derecho. Esta conexión entre la seguridad ciudadana y la libertad de los ciudadanos ha dado lugar a que algunos autores se hayan planteado cuál de los dos componentes de este binomio inseparable tiene mayor importancia, llegándose a la conclusión, que comparto, de que bajo la bandera de la primera no puede cercenarse la segunda, y de que en todo caso habrá de ser la Ley la que delimite el contenido de ambos términos.

6.- Algunos autores han sostenido que en el cumplimiento de su misión a los miembros de las FCS no se les permite la utilización de la violencia sino tan solo la de la fuerza. Ambos términos poseen, desde el punto de vista gramatical, un contenido similar y, por otra parte, el significado jurídico que se

le otorga desde el Código Penal, donde numerosos preceptos vinculan la violencia proyectándola hacia las personas, es por lo que considero que ambos términos pueden utilizarse indistintamente, y de hecho, así es como se hace tanto por la mayoría de la doctrina como por la jurisprudencia, sin que al primero de ellos se le pueda atribuir connotación negativa alguna.

7.- Por lo que hace al principio de habilitación legal, la LOFCS marca un punto de inflexión en la regulación del uso de la fuerza en el ámbito policial en nuestro país, llenando el vacío legal que hasta entonces existía a este respecto y que venía siendo suplido por disposiciones reglamentarias (Orden del Consejo de Ministros de 1981, Instrucción DSE de 14 de abril de 1983), Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y otras de carácter internacional como la Resolución del Consejo de Europa sobre Declaración de la Policía de 1979 y la Resolución de ONU de 1979, que aprueba el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. La LOFCS se proclama así como un verdadero Estatuto policial que regula los principios básicos de actuación de las FCS con el apoyo de la normativa internacional que le sirve de inspiración, cumpliéndose de este modo el mandato previsto en el artículo 104.2 CE.

Aunque algunas disposiciones del siglo XIX tenían un carácter más permisivo y flexible en los criterios que autorizaban el uso de la violencia por parte de los agentes policiales, como la Cartilla del Guardia Civil de 1845 o la Ley de Orden Público de 1959, del análisis de la legislación que se venía aplicando en esta materia con anterioridad a la LOFCS, entre las que nos encontramos con normas de ámbito nacional e internacional, puede decirse, con carácter general, que gozaban de una mayor precisión y profusión en la concreción de los supuestos en los que era posible este uso de la fuerza e incluso de las armas de fuego. Se esperaba, por tanto, que la LOFCS siguiera esta misma línea, ya apuntada por la Orden del Consejo de Ministros de 1981, precedente inmediato de aquélla, que establecía un total de 28 principios básicos de actuación y que, pese a su carácter reglamentario, ya gozaba de inspiración protectora y garantista. Frente a ello, la regulación que la LOFCS hace de una materia tan importante como el uso de la fuerza y de las armas

por parte de los agentes policiales, en su artículo 5.2, apartados c) y d), carece de esta precisión y detalle, y se puede decir que utiliza unos términos vagos e imprecisos que necesitarán de la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia para completar su significado. Con todo, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, sí se deduce de la LOFCS un programa de principios básicos restrictivos y protectores de los derechos de los ciudadanos hasta entonces desconocidos en una ley de esta importancia.

De igual modo, la doctrina también ha aplaudido por lo que se refiere a este aspecto la aprobación de la LOPSC de 1992, puesto que, al igual que la anterior, supuso, en términos globalmente considerados, un avance en la regulación concreta de las funciones que podían desempeñar los miembros de las FCS en su difícil misión de proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, avanzándose así en la dirección que se viene defendiendo en este trabajo de subrayar la importancia del principio de habilitación legal, que exige la regulación por una norma de rango de Ley de los requisitos en el uso de la fuerza y asimismo de las funciones encomendadas a las FCS por cuanto éstos pueden suponer en muchos casos la lesión de un derecho fundamental.

8.- Como ya adelanté al inicio de estas conclusiones, considero que se adapta mejor a las funciones policiales la exigencia de cumplimiento del deber que la de ejercicio del cargo. Aunque se ha puesto de manifiesto por algunos autores e incluso por la jurisprudencia que entre ambas figuras se produce un punto de encuentro y podría darse la circunstancia de que las dos regulasen supuestos idénticos, el ejercicio del cargo posee un carácter más restringido, aplicable únicamente al caso de cargos públicos, mientras que el cumplimiento de un deber ofrece la posibilidad de ser aplicado a otros supuestos más allá del cargo público. Además, la estructura de una y otra figura es muy distinta. El cumplimiento de un deber impone una obligación al sujeto mientras que el ejercicio del cargo está articulado en base a una posibilidad en la actuación pero sin que exista obligación de su ejercicio. Es por ello que se ha dicho que el cumplimiento de un deber parece estar pensado para los supuestos de ejercicio de la función policial en los que el agente ha de cumplir con el deber

impuesto en la ley, bien entendido, que los casos de mayor incidencia en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos en la actuación de cargos públicos están referidos a los agentes policiales.

9.- Pese a que algunos autores la consideran superflua o reconducible al estado de necesidad, considero que es necesaria la regulación expresa de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber en el Código penal como cláusula general de justificación y de cierre del ordenamiento jurídico. De esta forma se logra su unidad y coherencia y al mismo tiempo permite la aplicación de fuentes extrapenales. Se configura por tanto como una norma que abre las puertas al resto del ordenamiento jurídico, a otras ramas del Derecho, y tiene en cuenta todos los derechos o deberes que están recogidos en otros órdenes normativos, proclamando formalmente el principio de que quien obra con arreglo a Derecho nunca puede actuar antijurídicamente. De no estar plasmada legalmente la eximente contenida en el artículo 20.7ª CP, no sería posible por poner un ejemplo, invocar la previsión legal del artículo 5 LOFCS que supone una restricción a la hora de actuar de los agentes policiales que determina la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber frente a la legítima defensa.

10.- El tratamiento jurisprudencial de la eximente desde la creación del Tribunal Supremo en 1870, ha ido evolucionando de forma paralela a como lo ha hecho la legislación. En un primer momento el TS adopta, en términos generales, una posición más permisiva en el uso de la fuerza por los agentes, aceptando incluso el uso de las armas de fuego en casos de huida. A tal fin, utiliza una argumentación breve para razonar sus posicionamientos, exigiendo la agresión ilegítima o el acometimiento previo para aplicar la eximente y resolviendo el caso concreto sin establecer unos requisitos generales en los que apoyarse. De forma progresiva, el Alto Tribunal irá exigiendo en las postrimerías del siglo XIX e inicios del siglo XX, aunque de forma implícita, los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Por su parte, los penalistas de la época en sus Comentarios a los Códigos penales de 1848 y 1870, se limitarán a reproducir las exigencias del TS sin aportar novedades destacables.

Hay que tener en cuenta que la evolución en el tratamiento de la eximente en examen por la jurisprudencia se ve influenciada por la situación política del momento que, a su vez, determinará tanto la formulación del Código Penal como de la Constitución, y con ello una concepción más o menos garantista de los derechos de los ciudadanos que tendrá su reflejo en las resoluciones que se dicten en ese momento.

Así, a medida que nos adentramos en el siglo XX, con más o menos rigurosidad, según el texto aplicable como hemos dicho, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo mantendrá la exigencia de acometimiento previo para aplicar la eximente, y asimismo la necesidad y la proporcionalidad, ahora ya con mayor rotundidad. A estos requisitos se sumarán el de la resistencia o peligrosidad de la víctima, así como cierta adecuación o ponderación entre el medio empleado y la finalidad perseguida. En este periodo se asentará la idea de que tanto las extralimitaciones en el ejercicio del cargo como del uso de las armas en casos de huida constituyen conductas contrarias a Derecho y por tanto incompatibles con la aplicación de la eximente, aunque durante el periodo de posguerra estos criterios ciertamente se relajan.

Paralelamente, la doctrina de la época ya va enunciando los criterios objetivos que deben concurrir para apreciar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, exigiendo al igual que lo hace el TS, los criterios de necesidad y proporcionalidad, a los que dotan de contenido, y asimismo aportando criterios sobre el disparo mortal doloso y el uso de armas de fuego en casos de huida, que quedan fuera de la correcta utilización de la fuerza policial.

Se suele destacar por la doctrina la emblemática STS de 20-10-1980 como la resolución en la que se abandona definitivamente como requisito de la eximente la agresión ilegítima, aunque ya otras lo habían hecho previamente. En tal pronunciamiento se sintetizan los criterios que deben regir la aplicación de la eximente que, con pequeñas variaciones, se han mantenido hasta nuestros días. Algunos de estos criterios, que se amplían o modifican según el caso, permanecen inalterados a lo largo del tiempo, como la condición de

Autoridad, de agente de la autoridad o de funcionario público, o la necesidad en abstracto y en concreto de la violencia y la proporcionalidad. No obstante, hay que decir que su aplicación no mantiene la misma consistencia. Esto es, si bien la línea teórica marcada en el tratamiento de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber expresa un criterio riguroso y cierto en el uso de la fuerza policial, que obtiene reflejo en algunas resoluciones, ello no se corresponde con carácter general con su aplicación al caso concreto, en donde se observa a menudo que supuestos similares obtienen diferente respuesta.

Con base en todo ello, y en términos de propuesta, considero que la eximente de cumplimiento de un deber, a efectos de que pueda ser aplicada a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe contener los siguientes requisitos:

10.1.- Sujeto habilitado por una norma con rango de Ley.- Es uno de los requisitos fundamentales a tener en cuenta para poder aplicar la eximente ya que, como hemos visto unas líneas más arriba, solo la Ley tiene legitimidad para autorizar la lesión de bienes jurídicos de los ciudadanos. Así, deberá ser una norma con rango legal la que regule tanto los cometidos asignados a los diferentes sujetos a los que se puede aplicar la eximente de cumplimiento de un deber, como el diseño de los criterios básicos en la utilización de la fuerza en el caso de que sea necesario para el cumplimiento de estas misiones.

10.2.- Ejercicio efectivo de las funciones.- La situación que provoca la actuación del agente ha de reunir los presupuestos objetivos en el marco de las competencias asignadas por la Ley. Así, dicho ejercicio de funciones tendrá el calificativo de “efectivo” si el sujeto, además de encontrarse encuadrado en el organismo correspondiente, tiene competencia para ejercer dicha función. Esto también ocurre en las actuaciones llevadas a cabo fuera de la demarcación territorial o fuera de servicio, puesto que en estos casos se siguen cumpliendo ambos requisitos. Precisamente por esta razón, y en sentido contrario, no será posible la aplicación de la eximente en el caso de que el agente actúe

por motivos personales o ajenos a la función ya que en tal supuesto, no concurriría este segundo requisito apuntado.

10.3.- Elemento subjetivo de justificación.- El agente debe conocer los presupuestos objetivos de justificación y actuar con base en ellos, con la voluntad del cumplimiento del deber, lo que nos lleva a adherirnos a las tesis que construyen esa postura basándose en estructuras similares al dolo como elemento subjetivo general del tipo de injusto. Considero que este requisito es esencial y que, en consecuencia, su ausencia dará lugar a la inaplicación de la eximente en examen. La ausencia del elemento subjetivo de justificación en una situación en la que concurren los presupuestos objetivos mantiene el desvalor de acción, si bien no el de resultado dado que se produce un resultado beneficioso para el Derecho. La ausencia de este desvalor final determina que no pueda aplicarse el delito consumado desde los parámetros de la concepción mixta de la antijuridicidad de la que se parte en este trabajo puesto que ésta exige tanto un desvalor de acción como un desvalor de resultado. No obstante, me adhiero en este punto a los autores que consideran que estos casos, y en la medida en que se cumplan los requisitos necesarios a tal efecto, deben castigarse como tentativa relativamente inidónea ya que guardan con ésta una estructura similar puesto que el resultado positivo final neutraliza el desvalor de resultado.

No comparto la tesis de que sea exigible el examen conforme a deber como elemento subjetivo añadido de la causa de justificación que estudiamos. De acuerdo con ello, creo con la mayoría de la doctrina que aquellos casos en los que no se dé dicho examen conforme a deber – porque se ha producido una valoración por parte del agente poco cuidadosa- pero en los que, pese a lo anterior, sí que concurren los presupuestos objetivos de justificación y también el elemento subjetivo genérico consistente en la voluntad de actuar en cumplimiento de un deber deberían caer en el ámbito de justificación del art. 20.7 CP.

10.4.- Congruencia (necesidad en abstracto).- Se trata de un requisito también de carácter esencial para la aplicación de la eximente, consistente en la valoración por parte del agente de que no existe otro medio para lograr el cumplimiento de la misión que la utilización de la fuerza, produciéndose en casos de resistencia o actitud hostil del sujeto. Antes de iniciar el acto de violencia el agente deberá advertir de las consecuencias de su actitud al objeto de que pueda reconducir su comportamiento, en cuyo caso no podría utilizar ningún tipo de fuerza. De cualquier forma, si ello no es posible y se utilizan medios violentos habrá de ser siempre bajo el principio de menor lesividad, ya que la extralimitación del agente puede llevar a considerar que dicha fuerza era innecesaria y por tanto a la no apreciación de la eximente ni siquiera como incompleta.

10.5.- Ponderación de intereses (proporcionalidad en sentido amplio).- De carácter accesorio, supone que el agente efectúe un juicio de valor *ex ante* para decidir si las consecuencias de su actuación van a ser más perjudiciales que el hecho que se quiere sancionar o evitar. Por tanto, está presente también aquí el principio de proporcionalidad en un sentido negativo al prohibirse la desproporción o prohibición de exceso. Sin perjuicio de la valoración que la propia Ley aplicable al caso pueda contener en sí misma, aquí se trata de que el agente logre determinar desde criterios objetivos cuál es la solución que de mejor forma logra el cumplimiento de la misión sin causar daños de mayor gravedad en comparación a los que previsiblemente pueden ocasionarse con la actuación policial.

10.6.- Oportunidad (necesidad en concreto o proporcionalidad en sentido estricto).- En unión del anterior, este requisito también posee carácter secundario y hace referencia a la clase y cantidad de fuerza o violencia desplegada por el agente en el supuesto concreto. La jurisprudencia lo asocia a la idoneidad del medio empleado, lo que integraría qué tipo, en qué momento y con qué intensidad se utiliza dicho medio, no debiendo por tanto perderse de vista la ya mencionada idea de la menor lesividad

posible. Se tienen en cuenta asimismo en este contexto el adiestramiento y la pericia de los agentes en el uso de los medios empleados y también se ha valorado por el Tribunal Supremo la superioridad numérica de los agentes actuantes y la preparación de éstos en artes marciales que hayan podido utilizar en los hechos enjuiciados de que se trate.

En el caso de que el medio utilizado deba ser el **arma de fuego** se aplicaría los mismos requisitos, si bien teniendo en cuenta las siguientes peculiaridades:

Los supuestos en los que aquéllas podrían utilizarse son los previstos en el artículo 5.2 d) de la LOFCS, es decir, únicamente en situaciones graves para las personas o la seguridad ciudadana. Esta alusión a la seguridad ciudadana también ha generado, en el sentido ya apuntado para el orden público, algo de recelo entre la doctrina.

Las advertencias previas enmarcadas en el requisito de necesidad en abstracto irían, en el caso de utilizarse armas de fuego, seguidas de disparos al aire. El uso finalmente del arma de fuego como medio idóneo iría dirigido hacia zonas no vitales, cobrando aquí una gran importancia la destreza en su manejo por parte del agente y la utilización de munición no lesiva. Por último, es importante destacar que, el arma de fuego debe utilizarse como un recurso remoto habida cuenta de la lesividad que posee dicho medio.

Estimo que no debe exigirse como requisito de la eximente la condición de Autoridad, agente de la Autoridad o funcionario público. Considero que dicho estatus no es necesario por cuanto la propia LOFCS ya lo establece para los miembros de las FCS y además, a mi juicio, la eximente no solo es aplicable a los agentes policiales sino también al personal de seguridad privada que no posee ninguno de estos títulos y lo mismo cabe decir respecto del funcionario de prisiones, que no es agente de la autoridad, o del particular en algunos supuestos del artículo 450 CP.

Respecto del extremo que mayor incidencia posee para los integrantes de las FCS he de decir que el carácter de agente de la Autoridad tiene una gran relevancia como medio de protección del agente como sujeto de la acción en determinados delitos como por ejemplo el de atentado, y que asimismo es un instrumento esencial para el desarrollo de las funciones policiales puesto que se les dota con ello de la legitimidad necesaria para hacer valer el principio de autoridad en las órdenes que se dictan. Es este último aspecto el que sí que guarda cierta conexión con la eximente que estudiamos puesto que el hecho de que un ciudadano desobedezca gravemente o se resista de igual forma a un policía puede dar lugar, en determinados casos, a que surja el deber de detener a dicha persona y a que por tanto se deba utilizar la fuerza, pero no como elemento que haya de ser exigido para la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber.

11.- En el caso de que esté ausente un elemento esencial –supuesto que la doctrina denomina *exceso extensivo*-, no será posible aplicar la eximente. Sin embargo, en el caso de que el elemento que falte sea accesorio o inessential - *exceso intensivo*-, como sucede con la necesidad en concreto o la ponderación de intereses, se podría aplicar la eximente incompleta según el caso.

11.1.- Parece claro que si el agente actúa sin competencia legal, por motivos ajenos a su función o utilizando una fuerza innecesaria por haber otras posibilidades, no puede ser aplicada la eximente por cuanto se incumplen los elementos que han sido calificados como principales que, junto al conocimiento y voluntad del agente de actuar en el cumplimiento de un deber (elemento subjetivo), constituyen el núcleo esencial de la eximente.

11.2.- Aunque la jurisprudencia utiliza aquí criterios aplicados al caso concreto, suele afirmarse en sus resoluciones, y lo mismo sucede mayoritariamente en la doctrina, que en el caso de que falte la necesidad en concreto de la violencia o se produzca una incorrecta valoración de los intereses en conflicto, se podrá aplicar la eximente en examen como

incompleta, por ser éstos unos requisitos accesorios. Respecto de este segundo supuesto, la ausencia del juicio de ponderación supone que el agente no tenga en cuenta que el despliegue de fuerza que va a utilizar contra el sujeto se hace para evitar una infracción leve al ordenamiento jurídico, resultando que las consecuencias de la acción policial revisten mayores perjuicios que el hecho que se pretende evitar. Mayor abanico de posibilidades posee la falta de la necesidad en concreto de la violencia. Si antes he afirmado que integra este requisito la clase, cantidad y momento de fuerza utilizada, los supuestos en los que podría apreciarse una incorrecta aplicación de estos parámetros son numerosísimos. Tal circunstancia es la que, a mi juicio, ha propiciado que el Tribunal Supremo adopte en esta cuestión una postura diferente ante situaciones similares dando lugar a vaivenes jurisprudenciales en esta materia. Sería deseable, por tanto, una mayor rigurosidad en la delimitación de estos criterios, no tanto en su formulación teórica, que la tiene, cuanto en su aplicación práctica.

11.3.- En mi opinión, la mera utilización de armas antirreglamentarias por los miembros de las FCS en el cumplimiento de la misión, incluso fuera de servicio o del ámbito territorial, por las razones ya expuestas, no tiene incidencia en la eximente. Aunque la doctrina no se ha pronunciado sobre este asunto, la jurisprudencia ha dejado claro que más allá del tipo de arma que se emplee, sea de dotación oficial o no, e incluso utilizando otros medios disponibles como podría ser una linterna –con una posible incidencia a la idoneidad del medio empleado como aspecto que integra la necesidad en concreto de la violencia- lo relevante para este asunto es la forma en que estos medios se aplican. Por consiguiente el hecho de manejar una defensa extensible o eléctrica, un spray o una linterna para cumplir el cometido, no habiendo otros medios más idóneos disponibles, no debe conducir a la inaplicación de la eximente. Contrariamente, sí que se debería llegar a dicho resultado si se produjese una extralimitación o uso desproporcionado de tales medios. Tampoco el uso de este tipo de armas calificadas por la normativa

reglamentaria como prohibidas afectaría al tipo penal en blanco previsto en el artículo 563 CP.

12.- La justificación también alcanza a los delitos imprudentes. En el caso de que el agente haya tenido una actitud negligente frente a los elementos de la causa de justificación ello daría lugar a un delito imprudente. Si la infracción del deber de cuidado afectara a los denominados requisitos secundarios, cabría aplicar una segunda rebaja de la pena, al apreciarse la eximente como incompleta. El Tribunal Supremo ha venido negando tal posibilidad aludiendo a motivos de incompatibilidad con la eximente en examen al constituir la imprudencia una forma de culpabilidad. Al margen de que actualmente la mayoría de la doctrina sitúa la imprudencia en el tipo de injusto, y del mismo modo en que resulta posible aplicar la justificación en los delitos imprudentes, no puede negarse tal posibilidad. Si la negligencia afecta a elementos esenciales se castigaría como delito imprudente y si afecta a elementos accesorios se rebajaría de manera añadida la pena por aplicación de la eximente incompleta, partiendo para ello de la pena del delito imprudente (que ya resulta de suyo atenuada frente a la del doloso), en base al delito ya rebajado y calificado previamente como imprudente. En este punto no se debe pasar por alto que, por definición, no cabrá aquí incluir el elemento subjetivo.

13.- Respecto del tratamiento del error hay que partir del hecho de que la regulación introducida en 1983 no sirvió de aclaración sobre qué tipo de error es el que debe aplicarse en el caso de que éste se proyecte sobre las causas de justificación. Esta situación además se mantiene por parte del Tribunal Supremo, que intenta evitar pronunciarse al respecto, reconociendo que es un asunto problemático y mostrándose favorable a la aplicación del error de prohibición en estos casos aunque en algunos supuestos aplicando la pena correspondiente al error de tipo. En este punto considero que cuando el agente cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de justificación y actúa bajo esa falsa creencia deben aplicarse las reglas del error de prohibición indirecto. A ello me llevan razones de política criminal y de carácter dogmático. En el primer caso la aplicación del error de tipo, que supone la exclusión del dolo, tendría consecuencias jurídicas negativas al derivarse de ello lagunas de

impunidad, así como para la articulación jurídica de la participación delictiva de terceros y de la estimación de la tentativa de delito, que con el error de prohibición desaparecen. Además, y como han puesto de manifiesto algunos autores, se produce entre ambas clases de error un punto de encuentro que posibilita que el error de prohibición acoja supuestos de desconocimiento de algún elemento de la causa de justificación.

14.- El concurso entre causas de justificación ha provocado una intensa discusión doctrinal, en primer lugar acerca de si dicha figura es posible o no entre causas de justificación, y en segundo lugar, y para los que admiten que sí es posible, sobre si la solución que debe adoptarse pasa por aplicar las reglas del concurso de delitos o del concurso aparente de leyes penales. Teniendo en cuenta que las reglas contenidas en el Código Penal están diseñadas para atender a infracciones penales y no a causas de justificación, considero que el concurso entre causas de justificación que puede producirse habrá de solucionarse mediante la aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes.

Admitiendo que dicho concurso es posible y movido por un deseo de delimitar los ámbitos de aplicación de cada una de las eximentes concurrentes para que en el supuesto concreto el agente pueda determinar ante qué situación se enfrenta y dirigir su voluntad hacia ella, tal y como venimos exigiendo, hecho que además dota de seguridad jurídica a estas actuaciones, y asimismo por ser ésta la función primordial de la dogmática penal, que debe tratar de analizar las diferencias y puntos de encuentro entre las distintas instituciones jurídicas, he llegado a las siguientes conclusiones.

14.1.- El abandono de la idea de exigir una agresión ilegítima para aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber no obsta para que en caso de producirse una agresión ilegítima en acto de servicio o con ocasión de aquél pueda entrar en juego la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber y no la de legítima defensa. Esta diferenciación está basada en que los requisitos exigidos para una y otra figura son distintos y ello podría dar lugar a que un supuesto quepa

considerarlo acorde a los parámetros exigibles a una pero no a los de la otra, y por tanto aplicarse en el primer caso y no en el segundo. Así podría suceder, en hipótesis en los que se valora la proporcionalidad de la actuación que ambas figuras comparten. Opino que el punto central de esta cuestión queda solucionado si, como plantea CEREZO, se tiene en cuenta que el defensor particular puede ir todo lo lejos que quiera para repeler la agresión, dentro de los criterios establecidos para esta eximente, pero que esto no ocurre así con el agente policial, que al sufrir una agresión deber ceñir su actuación a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que, de forma más restrictiva, le impone la LOFCS. De este modo, cabría aplicar la eximente de cumplimiento de un deber en los casos en los que el agente sufre un acometimiento previo en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquéllas, y también cuando dicha agresión la sufre un tercero. Se aplicaría, sin embargo, la eximente contenida en el artículo 20.4ª CP cuando estos hechos se produzcan en el ámbito particular o por motivos particulares.

En cualquier caso, he de decir, que la discusión pudiera resultar superflua atendiendo al resultado de la aplicación de la eximente que se obtiene en ambos casos y que pasa por la exclusión de la responsabilidad penal y de la civil.

14.2.- Mayor problemática puede presentar la aplicación conjunta del estado de necesidad y del cumplimiento de un deber por las consecuencias en cuanto a la responsabilidad civil que se derivarían de las eximentes mencionadas. Esta circunstancia, unida al hecho de que gozan de un contenido diferente hace que la mayor parte de la doctrina se haya mostrado a favor de aplicar la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber frente al estado de necesidad. Aunque en lo que se me alcanza, no he encontrado resoluciones judiciales que traten esta colisión de eximentes y que pudieran aportar luz a esta cuestión, se puede decir que la figura prevista en el artículo 20.7ª impone una obligación de actuar al agente policial, que podría castigarse como delito en caso de inobservancia, aspectos que no se dan en el estado de

necesidad. Habría que añadir a esto la función de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber como cláusula general de justificación que abre las puertas al resto del ordenamiento jurídico.

14.3.- Una última cuestión acerca del concurso entre causas de justificación surge en relación con la obediencia debida, que si bien desapareció como circunstancia eximente del Código Penal de 1995, mantiene su vigencia en virtud de la previsión legal contenida en el artículo 410 CP, que regula el delito de desobediencia por parte de la Autoridad o funcionario público, y que actualmente la doctrina mayoritaria la reconduce hacia la eximente de cumplimiento de un deber con la que se confundía.

La integración de las FCS en la Administración Pública hace que cobre importancia el principio de jerarquía previsto en la CE junto al de subordinación que también recoge la LOFCS, y que además tiene especial relevancia en el ámbito castrense. En ambos contextos la desobediencia a las órdenes recibidas o la insubordinación posee consecuencias disciplinarias en el mejor de los casos. Por ello, la principal problemática que presenta esta figura es la de determinar si el agente está obligado a obedecer las órdenes recibidas independientemente de su contenido. En este punto, la solución será la de obedecer todas las órdenes siempre que éstas no sean manifiestamente antijurídicas, eximiendo de responsabilidad al agente que desobedece una orden claramente ilícita, pero también al que obedece una orden aparentemente lícita pero que *ex post* se revela contraria a la ley, puesto que el agente no tenía ocasión de conocer esta ilicitud. En este último caso son de aplicación las reglas del error invencible que asimismo excluiría la responsabilidad penal del agente que ejecuta la orden sin que por ello se infrinja el principio de jerarquía aludido.

Por otro lado, un problema asociado a la obediencia debida es el de la doble sanción penal y administrativa al agente que desobedece la

orden del superior por la posible infracción que de esta forma podría derivarse del principio *non bis in idem*. Si bien el TC ha admitido en los supuestos de relaciones de sujeción que sí es posible en principio la doble sanción, en tanto que existe un doble fundamento que salvaría la vulneración del principio *non bis in idem*, su doctrina ha ido evolucionando en un sentido cada vez más restrictivo que obliga a valorar en el caso concreto si hay o no identidad de fundamento. Esto último –la identidad de fundamento- se entiende que se da, tal y como ha señalado el TC, en aquellos casos en los que las infracciones de ambos ordenamientos compartan un elemento nuclear común como pueden ser los delitos de funcionarios cuyo bien jurídico es la Administración pública.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BIBLIOGRAFÍA CITADA

-AGUADO SÁNCHEZ, F. *Historia de la Guardia Civil*. Tomos 1 a 7. Editorial Ediciones Históricas. Madrid, 1983.

-*El Duque de Ahumada. Fundador de la Guardia Civil*. Centro de Estudios Históricos de la Guardia Civil. Madrid, 1969.

-ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*. Editorial Atelier. 2003.

-ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, 2011, pp. 11-29.

-ALONSO PÉREZ, F (Coordinador) y otros. *Manual del Policía*. Editorial La Ley. 3ª edición. Madrid, 2003.

-*Seguridad Ciudadana. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1994.

-“La utilización de armas de fuego por las Fuerzas de Seguridad. Apuntes jurisprudenciales”, en *Diario La Ley*, nº 5545, tomo 4, 2002, pp. 1695-1707.

-ALONSO RIMO, A., “Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP), en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, pp. 359-412.

-“El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal* nº 21, 2014, pp. 1-17.

-“Delito de ocupación de oficinas o locales (art. 557 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 1317-1326.

-“Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 2009, pp. 107-139.

-ÁLVAREZ CID, J. / ÁLVAREZ CID, T. *El Código Penal de 1870. Estudiado y explicado con la misma jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, definiendo con sus doctrinas las palabras, términos y conceptos de todos los artículos, cuyo texto se inserta, con las reformas introducidas por las leyes posteriores á su promulgación hasta las de 3 de enero de 1907 y la del art. 90*. Tomo II. Córdoba, 1908.

-ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

-*Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en homenaje a Vives*. Valencia, 2009.

-“Las desobediencias en el Derecho Penal”. *Revista de Cultura de la Legalidad*, nº 4, 2013, pp. 208-215.

-Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1870, que eleva al gobierno la Comisión Jurídica Asesora. Madrid, 1931.

-Anteproyecto de Código Penal de 1892. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992.

-ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Akal/lure. Madrid, 1986

-“Historia del Código Penal en 1822”, artículo publicado en la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1965.

-“El Código de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, artículo publicado en la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1965.

-“El Código de 1870”, artículo publicado en la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1970.

-ARAMBURU Y ARREGUI, J. D. *Instituciones de Derecho Penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*. Oviedo, 1860.

-ARRIBAS LÓPEZ, E., “«Celda 211», la legislación penitenciaria y los funcionarios de prisiones”, en *Diario La Ley*, nº 7324, 2010, pp. 1-5.

-ARROYO DE LAS HERAS, A. *Manual de Derecho Penal. El delito*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1985.

-ARROYO JIMÉNEZ, L., “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, pp. 1-32.

-ARROYO ZAPATERO, L / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J.C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J.R. / TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Directores) / NIETO MARTÍN, A. / PÉREZ CEPEDA, A.I. (Coordinadores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial lustel. Madrid, 2007.

-ATTARD ALONSO, E. *El constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*. Valencia, 1988.

-AURIOLES MONTERO, I. *Instituciones del Derecho Penal de España*. Madrid, 1849.

-AZCUTIA, M. *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*. Madrid, 1876.

-BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Akal/lure. 5ª edición. Madrid, 1998

-*Teoría y práctica del Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2009

-"Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad". *Revista La Ley*, 1986-4, pp. 1198 y ss.

-BARBERO SANTOS, M. *Política y Derecho Penal en España*. Editorial Tucur. 1978.

-"El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación de España)", en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, U. Santiago de Compostela, 1986, pp- 34 y ss

-BARCELONA LLOP, J. *Policía y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1997.

-*El régimen jurídico de la policía de seguridad*. pp. 290-291

-Como Coordinador. *El régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003.

-"El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica". *Revista de Administraciones Públicas*, nº 113,1987, pp.

-"Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad". *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pp. 159-213.

-BENLLOCH PETIT, G. *El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario*. *Revista del Poder Judicial* nº 51. 1998.

-BERDUGO GÓMEZ, I. / ARROYO ZAPATERO, L. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Experiencia. 2ª edición. Barcelona, 2010.

-BERISTÁIN IPIÑA, A. Código deontológico policial según Naciones Unidas. *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pp.71-125.

-Borrador de anteproyecto de Código Penal. Parte General. Valencia, 1990.

-BLAY, E., "El control policial de las protestas en España", en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, pp. 1-32.

-BOLDOVA PASAMAR, M.A., "¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?", en *RDPyC* nº 5, 2011

-BOLEA BARDÓN, C. / ROBLES PLANAS, R., "La tipicidad de las detenciones ilegales policiales", en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, pp. 1-27.

-BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de Política Criminal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

-BUENAVENTURA SELVA, N. *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*. Madrid, 1870.

-BUSTOS RAMÍREZ, J.J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H.. *Lecciones de derecho Penal (vols. I y II)* Editorial Trotta. Madrid, 2006

-BUSTOS RAMÍREZ, J.J., "Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos", en *Nuevo Foro Penal*, 1986, pp. 165 ss

-CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal I. Parte General*. Editorial Bosch. 2ª edición. Barcelona, 2001.

-CALDERÓN CEREZO, A / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (Coordinadores). *Código Penal comentado*. Editorial Deusto. Barcelona, 2004.

-CANDIL JIMÉNEZ, F., "Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848", artículo publicado en la revista *A.D.P.C.P.*, Madrid, 1975.

-CARBONELL MATEU, J.. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Editorial Edersa. Madrid, 1982.

-"Artículo 20.7", en VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

-"El sistema de la justificación en el artículo 20 CP 1995", en *Revista Cuadernos de Derecho judicial*. Madrid, 1996.

-*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch alternativa. 3ª edición. Valencia, 1999.

-"El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995". Juan Carlos Carbonell elabora el Capítulo V de la obra "El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz." Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.

- El abuso de la violencia por la autoridad pública o sus agentes. LL, 1983, pp.1025 y ss.
- CARBONELL MATEU, J.C. (Director) / MARTÍNEZ GARAY, L. (Coordinadora) *La justificación penal. Balance y perspectivas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009
- CASABÓ RUIZ, J. R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, en A.D.P.C.P. Madrid, 1969.
- “La aplicación del Código Penal de 1822”, artículo publicado en la *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1979.
- Proyecto de Código Criminal de 1830.
-Proyecto de Código Criminal de 1831.
-Proyecto de Código Criminal de 1834.
- CASAS BARQUERO, E. *El consentimiento en Derecho penal*. Autor-editor. Córdoba, 1987.
- CASTEJÓN, F. *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*. Volumen I y II. Editorial Reus. Madrid, 1926.
- “Apuntes de historia política y legislativa del Código Penal de 1848”, artículo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1953.
- CASTRO Y OROZCO, J. *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil comprensión de sus disposiciones*. Granada, 1848.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*. Editorial Tecnos. Madrid, 2000
- “Cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones”, en *RFDUG* 12 (1987), Homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero, Tomo I, pp 57 y ss.
- “Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1988, pp. 1012-1024.
- “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en *ADPCP*, 1987, pp. 273-299.
- “La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, en *ADPCP*, 1985, pp. 277-284.

- “El delito como acción típica. Evolución del concepto dogmático de tipo”, en *L.H. al profesor Antón Oncea, 1982*, p. 163.
- “Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, en *REP*, 1966, p 319.
- “La eximente de obediencia debida en el Código Penal español”, en homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989.
- “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, en homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid, 1989.

- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español I, II y III*. Editorial Tecnos. 6ª edición, 2004
- CEREZO MIR, J. *Temas fundamentales de Derecho Penal. Tomos I, II y III*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2006
- CERVELLÓ DONDERIS, V. “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, Nº 9, 2013, págs. 13-52
- CHOCANO RODRÍGUEZ, R., “El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo”, en *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Eduardo Montealegre Lynett (ed. lit.), José Antonio Caro John (ed. lit.), 2008, ISBN 978-958-710-325-0 , págs. 307-326
- COBO DEL ROSAL, M (Director) A.A.V.V. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Edersa. Madrid, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. /QUINTANAR DÍEZ, M. *Instituciones de Derecho Penal español. Parte general*. Editorial CESEJ. Madrid, 2004
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª Edición Tirant lo Blanch. Valencia, 1999
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Director y autor) y otros. *Código Penal Comentado. Tomo I*. Editorial Bosch. 3ª edición. Editorial Bosch. Barcelona, 2012.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, C (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J (Coordinador). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 2007
- Corán. El libro sagrado del Islam*. Editorial Edimat Libros. Madrid, 1998.

-CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Directores). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011

-CÓRDOBA RODA, J. *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo, 1966.

-*El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona, 1962

-CÓRDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972

-CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Editorial Marcial Pons. Móstoles (Madrid), 2011

-CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Editorial Marcial Pons. Móstoles (Madrid), 2004.

-CORONAS GONZÁLEZ, S. M. *Manual de Historia del Derecho Español*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

-CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. Editorial Bosch. Barcelona, 1943.

-*Derecho Penal. Parte General*. 18ª edición. Barcelona, 1981.

-*Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932*. Editorial Bosch. Barcelona, 1992.

-CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos. Madrid, 2011

-CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español*. Nociones introductorias. Teoría del delito. Editorial Dykinson. 3ª edición. Madrid, 2002.

-“Elemento objetivo y elementos subjetivo de las causas de justificación, en el Nuevo Derecho Penal español”, en *Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, pp 147 y ss

-“La justificación del comportamiento omisivo”, en *ADP*, 1990

-CUERDA ARNAU, M.L., “Desórdenes públicos I (Arts. 557.1º y 557 bis)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 1303-1308.

-CUERDA RIEZU, A. *La colisión de deberes en Derecho Penal*. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

- “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 1995.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal”. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 234, 1987, pp. 289-314.
- DEL MORAL GARCÍA, A / SERRANO BUTRAGUEÑO, I (Coordinadores). *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*. Tomo I. Editorial Comares. Granada, 2002.
- DEL MORAL GARCÍA, A y otros. *Circunstancias eximentes*. Editorial Sepin. Madrid, 2009
- DEL ROSAL, J. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, 1972-1976
- “Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII”, artículo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1943.
- Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes Extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código Penal. Tomos I, II y III. Madrid, 1822.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados con el debate del Código Penal de 1995.
- DÍAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”, en *Estudios jurídicos en honor al prof. Pérez-Vitoria I*, 1983, p. 191.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011
- “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991.
- “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pp. 1-37.
- DOMÍNGUEZ VIGUERA, M., “Policía Judicial y Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1987, pp. 1001-1007.
- DORADO, P., “Contribución al estudio de la Historia Primitiva de España (El Derecho Penal en Iberia)”, en *Revista de legislación*. Madrid, 1901.
- D’ORS, A. *El Digesto de Justiniano*. Tomos I, II, III y IV. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1975.

- Du BOYS, A. *Historia del Derecho Criminal de los pueblos antiguos. Desde la formación de las sociedades hasta el establecimiento del cristianismo*. Tomo I y II. Madrid, 1850.
- FÁBREGAS DEL PILAR, J.M., “El nuevo Código penal y el discurso del señor Ministro de Gracia y Justicia en la apertura de los Tribunales”, artículo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1928.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. *Meditaciones sobre una “Exposición y estudio para un Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal”*. Valencia, 1973.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., “Aspectos penales de la obediencia debida”. *Revista de Política Social*, nº 131, 1981.
- FERNÁNDEZ, G.D. *Bien jurídico y sistema de delito*. Editorial B de F. Montevideo, 2004.
- FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I y II. 1ª edición, Murcia, 1946.
- FREIXES SANJUAN, T / REMOTI CARBONELL, J.C.. “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 87. Enero-marzo, 1995.
- GACTO FERNÁNDEZ, E. / ALEJANDRE GARCÍA, J. A. / GARCÍA MARÍN, J. M. *Manual Básico de Historia del Derecho*. Temas y antología de textos. Laxes, S.L. 4ª edición. Madrid, 2005.
- GALLARDO RUEDA, A., “La circunstancia de obediencia debida”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, en homenaje a Del Rosal, Madrid, 1993.
- GARCÍA GOYENA, F. *Código Criminal español según las leyes y prácticas vigentes. Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*. Tomos I y II. Madrid, 1843.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid, 2000.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 5ª edición, 2012
- GARCÍA VALLS, J., “Las Instrucciones sobre el uso de armas en el Cuerpo de Mossos D’Esquadra”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2008, pp. 183-193.
- GARCÍA VITORIA, A., “Tratamiento del error en el Código Penal español: Algunas observaciones al respecto”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, nº 12, 1987-1988, pp. 147-186.

-GARRIDO FALLA, F., "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", en *Revista de Administración Pública*, nº 28, 1959, pp. 11-50.

-"Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa", en *Revista de Administración Pública*, nº 11, 1953, pp. 11-32.

-GIL GIL, A. *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Editorial Comares. Granada 2002

-"Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15. 2005.

-GIL GIL, A / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson, 2011

-GIMBERNAT ORDEIG, E. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Madrid, 1979

-GIMBERNAT ORDEIG, E. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Editorial Tecnos. Madrid, 1999

-GOLDSTEIN, M. *Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947.

-GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1984

-*El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho Penal)*. Sección Publicaciones Universidad Complutense – Facultad de Derecho. Madrid, 1980

-"Sobre la teoría del bien jurídico", en *RFDUC*, nº 69, p 85

-GÓMEZ DE LIAÑO y CABALED A, M. y otros. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Editorial Colex. 1983.

-GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.) / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I. / NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Nociones fundamentales del Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid, 2010

-GÓMEZ RIVERO, M.C., "¿Aun hay espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *RP*, 2004.

-GÓMEZ TOMILLO, M. (Director). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. 2ª edición. Valladolid, 2011.

-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MATALLÍN EVANGELIO, M.A. / ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M. *Esquemas. Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007

-GRACIA MARTÍN, L. / DÍAZ RIPOLLÉS, J.L. y otros. *Comentarios al Código Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

-GRIMA LIZANDRA, V., “Los delitos de tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes cometidos por funcionario público”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996.

-GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo IV. Salamanca, 1891.

-*El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo I. Salamanca, 1897.

-El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo I. 2ª Edición. Madrid, 1902.

-GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOCHEA, J., “La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho español”, en *ADPCP*, 1979.

-GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B. *Examen histórico del Derecho Penal*. Edición facsímil. Madrid, 1866.

-HERNÁNDEZ SUÁREZ, F.J., “A vueltas con la obediencia debida: ¿mandatos antijurídicos obligatorios?” *RJUAM*, nº 22, pp. 145-170.

-HUERTA TOCILDO, S. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

-“Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1983, pp. 1047-1083.

-IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución Española de 1978”, en *Diario La Ley*, 1989, pp. 1227-1228.

-JAÉN VALLEJO, M., “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1987, pp. 1148 y ss.

-JAR CONSUELO, G. *Modelo Policial Español y policías autónomas*. Editorial Dykinson. Madrid, 1995.

-JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*. Vol. 1. Salamanca, 1928.

-*Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*. Vol. II – Libros II y III. Salamanca, 1929.

-JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León* nº 23. Enero, 2011., pp. 145-172.

-JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Editorial Reus. Madrid, 1929.

-JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomos I a VII. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950 a 1970.

-JIMÉNEZ DE SANDOVAL, C. *Las Instituciones de Seguridad Pública en España y sus dominios de ultramar*. Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra. Madrid, 1858.

-LACABA SÁNCHEZ, F., “Los límites de la culpabilidad”, en *Diario La Ley*, tomo 5, 1999, pp. 1-16.

-LANDECHO VELASCO, S.J. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal español. Parte General*. Editorial Tecnos. Madrid, 2004.

-LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8600, 2015.

-LARA PEINADO, F. *Código de Hammurabi*. Editorial Nacional. Madrid, 1982.

-*Código de Hammurabi*. Estudio preliminar, traducción y comentarios a cargo del autor citado. Editorial Tecnos. Madrid, 1986.

-LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Thomson Civitas, 2011.

-LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / MENDOZA BUERGO, B. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Coordinador). *Código Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 2004.

-LASSO GAITE, J. F. *Crónica de la Codificación española. Codificación Penal*. Vol. I y II. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1970.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Director) / RODRIGUEZ RAMOS, L / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales Españoles*. Editorial Akal. Madrid, 1987.

-LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., “El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pp.143-158.

-LÓPEZ CORRAL, M. *La Guardia Civil. Nacimiento y Consolidación – 1844-1874*. Editorial Actas. Madrid, 1995.

-LÓPEZ MESA, M. J. / DANIEL CESANO, J. *Antijuridicidad y causas de justificación*. Editorial Edisofer. Buenos Aires, 2010.

-LORENTE SARIÑENA, M. / MARTÍNEZ PÉREZ, F., “Orden público y control del territorio en España (1822-1845): de la superintendencia General de la Policía a la Guardia Civil”, en *RJUAM*, nº 19, 2009-I, pp. 195-210.

-LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2011.

-LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 2ª edición, Valencia, 2012.

-“El error sobre causas de justificación. Algunas precisiones”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 2, 1993, pp. 136-147.

-“Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal”, en *Nuevas posiciones de la Dogmática jurídico penal*, CDJ, 2006.

-“Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1988, pp. 992-1004.

-“Participación por omisión y omisión de impedir delitos”, en *Diario La Ley*, tomo 3, 1986, pp. 535-550.

-LUZÓN PEÑA, D.M / MIR PUIG, S. (Coordinadores). *Causas de justificación y atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995.

-LUZÓN PEÑA, D. M. (Director). *Enciclopedia Penal Básica*. Editorial Comares. Granada, 2002.

-LUZÓN PEÑA, D. M. / MIR PUIG, S. *Causas de justificación y atipicidad en Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, 1995

-MANZANO SOUSA, M., “Tres muertes en el Peñón. El «éxito» de la *Operación Flavius*. Comentarios a la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 27 de diciembre de 1995 (Caso McCann y otros contra Reino Unido), en *Diario La Ley*, tomo 2, 2000, pp. 1-44.

-MAQUEA ABREU, M.L., “Los elementos subjetivos de justificación”, en *Diario La Ley*, 1984, Tomo II, pp. 1091-1110.

-MAQUEDA ABREU, M.L. / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011

-MARÍA DE VIZMANOS, T / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Madrid, 1848.

-MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delinciente”, en *Diario La Ley*, nº 7173, 2009, pp. 44-54.

-MARTÍN ANCÍN, F., “Legítima defensa versus cumplimiento del deber en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, ISSN 1886-5577, nº 100 (mayo/junio), 2010, pp. 5-45

-MARTÍN DELPÓN, J.L., “El principio de oportunidad: análisis de Derecho comparado”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 28, 2011, pp. 187-206.

-MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos Antiguos de España. Colección completa de todos los Códigos de España. Desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*. Volúmenes 1 y 2. Madrid, 1885.

-MARTÍNEZ PÉREZ, R. *Policía Judicial y Constitución*. Editorial Aranzadi. Elcano, 2001.

-MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación (I)”, en *Libro homenaje al Profesor Marino Barbero Santos*. Editorial Universidad Castilla-La Mancha y Editorial Universidad de Salamanca. Cuenca, 2001, pp. 1179-1206.

-“Consideraciones sobre el valor de resultado en las causas de justificación y su relación con el elemento subjetivo de justificación. Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología”, en *Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-MESTRE DELGADO, E. *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*. Editorial Edisofer, Madrid, 2001.

-“Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y de cumplimiento de un deber, y el blanqueo de capitales”, en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* / coord. por Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, 2009, ISBN 978-84-9876-497-0, págs. 85-118

-MEZGUER, E. *Tratado de Derecho Penal. 2 tomos*. (Tomo I, 3ª edición) Madrid, 1955. (Tomo II, traducido por Quintano Ripollés) Madrid, 1957

-MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. 10ª Edición. Barcelona, 2015.

-El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español”, *Diario La Ley*, tomo 1, 1991, pp. 1030-1038.

-MIR PUIG, S / QUERALT, J.J. (Directores). *La seguridad pública ante el Derecho Penal*. Editorial Edisofer. Madrid, 2010.

-MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Editorial Bosch. Barcelona, 2001

-MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano. Tomo I y Tomo II*. Jiménez Gil Editor. Pamplona, 1999.

-MORILLAS CUEVAS, L. (Coordinador). *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*. Editorial Dykinson. Madrid, 2011.

-*La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

-*Teoría jurídica del delito*. Editorial Dykinson. Madrid, 2008.

-“Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, *Abogacía Española, Consejo General*, disponible en <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana/>

-MORILLAS CUEVAS, L. / COBO DEL ROSAL, M. (Dir). *Comentarios al Código Penal*. Edersa, Madrid, 2000.

-MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch. 9ª Edición. Valencia, 2015.

-MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 20ª edición. Valencia, 2015.

- “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1991, pp. 1040-1051.

-NAVAJAS RAMOS, L., “Policía Judicial. Composición, funciones y principios de actuación. Unidades Orgánicas de Policía Judicial: su dependencia funcional y orgánica”, en *Eguzkilore*, nº 13, 1999, pp. 117-156.

-NISTAL BURÓN, J., “La consideración de las agresiones al personal sanitario como delito de atentado. Criterios jurisprudenciales”, en *Diario La Ley*, nº 7004, 2008, pp. 1-7.

-OBREGÓN GARCÍA, A. *Elementos básicos del Derecho Penal. Parte General*. ICADE. Facultad de Derecho, Madrid, 2001.

-“Las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el Código Penal de 1995”, en *BIMJ*, 1996.

-OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal. Parte General. Elementos Básicos de Teoría del Delito*. Editorial Tecnos. Madrid, 2012.

-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. 2ª edición. Editorial Rafael Castellanos. Madrid, 1986

-OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 20.7”, en COBO DEL ROSAL, M. (Director). *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Editorial Edersa. Alcobendas (Madrid), 1999.

-ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

-*Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2015.

-OTERO GONZÁLEZ, P., “El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000. Ref. D-188, tomo 6, Editorial La Ley.

-PACHECO, J. F. *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*. 1842.

-*El Código Penal concordado y comentado*. 2ª edición. Madrid, 1856.

-*El Código Penal concordado y comentado*. 4ª edición. Madrid, 1870.

-*Apéndice a los comentarios del Código Penal de Pacheco. Comentarios por José González y Serrano*. Madrid, 1870

-*El Código Penal concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera. Editorial Edisofer. Madrid, 2000.

-PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención por obediencia debida en un Derecho Penal liberal” en *APen*, 15, 1997, p. 319.

-*La justificación de las leyes penales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

-PÉREZ ALONSO, E. J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente” en *CPC* nº 56, 1995, pp. 623-650.

-PEREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

-PÉREZ PUJOL, E. *Historia General del Derecho Español*. Apuntes tomados por sus discípulos en el curso de 1885 a 1886. Imprenta de la viuda de Amargós. Valencia, 1886.

-PESINI PULIDO, A., “El nuevo Código Penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1929.

-POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid, 2015.

-PORTILLA CONTRERAS, G. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Editorial Edersa. Madrid, 1990.

-“El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”, en *RFDUG (Homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero)*, Tomo II, pp. 147-179.

-“Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros entretenimientos de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 26, 1996, pp. 12 a 20.

-PRECIADO DOMÉNECH, C., “Anteproyecto de Ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas”, *Jueces para la democracia. Boletín de la comisión penal*, nº 5, 2013.

-Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid, 1983.

-Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2ª edición. Madrid, 1984.

-Proyecto de Código Penal *redactado por la Comisión de Códigos y presentado á las Córtes por el Señor Ministro de Gracia y Justicia*. Madrid, 1880.

-PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1969.

-PUIG TÁRREC, A. *La Biblia. Ilustrada y comentada*. Editorial PDA, Barcelona, 2009.

-QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *El policía y la ley*. Editorial Plaza y Janés. Espulgues de Llobregat (Barcelona), 1986.

-“Coacción directa y justificación”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1983, pp. 109-126.

-“Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial”, *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 5, 1990, pp. 135-157.

-“Tirar a matar”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pp. 729 y ss.

-“*Animus iniuriandi* e injurias”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1989, pp. 984-987.

-“El concepto de funcionario público”, en *CPC*, nº 27, 1985, núm. 27, p. 495 y ss.

-QUERALT JIMENEZ, J.J. / JIMÉNEZ QUINTANA, E. *Manual de Policía Judicial*. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid, 1987.

-QUINTANAR DÍAZ, M. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2ª edición. Valencia, 2015.

-QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1966.

-QUINTERO OLIVARES, G. / CARBONELL MATEU, J.C. / MORALES PRATS, F. / GARCÍA RIVAS, N. / ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Directores). *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*. Editorial Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia, 2010.

-QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. 4ª edición. Navarra 2010.

-*El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. *CPCr*, 12, 1980, 59

-QUINTERO OLIVARES, G. (Director) / MORALES PRATS, F. (Coordinador). *A.A.V.V. Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I. Editorial Aranzadi. 6ª Edición. Pamplona, 2011.

-QUINTERO OLIVARES, G. /MORALES PRATS, F. *Manual de Derecho Penal (Parte General)*. Aranzadi. 4ª edición. Pamplona, 2010.

-RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2010.

-RECIO JUAREZ, M., “La eximente del número 11 del artículo 8 del Código Penal de cumplimiento del deber en su aplicación a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos”, en *Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, Nº 3, 1995, págs. 659-663.

-RIVACOBA Y RIVACOBA, M. *Las causas de justificación*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1995.

-RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a / SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Dykinson. 18^a edición. Madrid, 1995.

-RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. / ALBACETE CARREÑO, A., “Policía Judicial. Especial referencia a la Policía Local como Policía Judicial”, en *Diario La Ley*, nº 7983, 2012, pp. 1-10.

-RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho Penal. Parte General I*. Madrid, 1977.

-RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director) / JORGE BARREIRO, A. (Coordinador). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Civitas. Madrid, 1997.

-RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., “El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 14, 1969, pp. 67-82.

-RODRIGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*. Dykinson. 2^a edición. Madrid, 2010.

-RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora). *Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias*. Editorial La Ley. 4^a edición, Añover de Tajo (Toledo), 2011.

- “Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal”, en *La Ley*, 1980, pp. 1072-1074.

-ROIG TORRES, M. *El delito de atentado*. Editorial Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004.

-ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho + ADE*. Editorial Comares. Granada, 2012.

-“La Seguridad Privada en la prevención del delito”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 2001, pp. 1-11.

-ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito*. Editorial Comares. Granada, 2013.

-ROSSI, P. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Cayetano Cortés. 3^a edición. Madrid, 1883.

-RUANO DE LA FUENTE, J.M., “La política local de seguridad en las grandes ciudades. El caso de la transformación de la policía municipal de Madrid”, en

Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, Vol. 1, nº 2, 2014, pp. 139-157.

-SAAVEDRA RUÍZ, J. (Director) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. / ALONSO GONZÁLEZ, A.B. / ENCINAR DEL POZO, M.A. *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial El Derecho. 2ª edición. Madrid, 2011,

-SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bosch. 3ª edición. Barcelona, 1990

-SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas*. Editorial Dykinson. Madrid, 1995.

-SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995.

-“El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, en *Diario la Ley*, tomo 4, 1994, pp. 114-126.

-SÁNCHEZ MELGAR (Coordinador). *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia I (Artículos 1 a 242)*. Editorial Sepín. 2ª edición. Madrid, 2006.

-SAINZ CANTERO, J.A. *El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al Código penal de 1822*, artículo publicado en la revista A.D.P.C.P., Madrid, 1967.

-*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bosch. 3ª edición. Barcelona, 1990

-SANTANA VEGA, D.M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *ADPCP*, tomo 47, 1994, pp. 105-136.

-SANZ MORÁN, A. *Los elementos subjetivos de la justificación*, Bosch, Barcelona, 1993

-SILVELA, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente*. Editorial Imprenta de M.G. Hernández. Madrid, 1879.

-SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coordinador) / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Aranzadi. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra), 2011.

-TOLEDANO TOLEDANO, J. R., “La actuación policial y la exigencia del cumplimiento de un deber”, en *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, ISSN 1886-5577, Nº. 92 (enero/febrero), 2009 , págs. 73-86

-TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.

-TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *El carácter oclusivo entre causas de justificación*. Editorial Comares. Granada, 2009.

-*Concepto de Derecho Penal. Concepto, principios rectores del poder punitivo y límites de la vigencia de la ley penal*. UOC. PID_00179724 29, pp. 28-29.

-TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 2001, pp. 1-22.

-TRAPERO BARREALES, M.A. *Los elementos subjetivos de las causas de justificación y de atipicidad penal*. Editorial Comares. Granada, 2000.

-TRAPERO BARREALES, M.A. *El error en las causas de justificación*. Valencia, 2004.

-TURRADO VIDAL, M. *La Policía en la Historia Contemporánea de España (1766-1986)*. Editorial Dykinson. Madrid, 2000.

-VALDÉS RUBIO, J. M. *Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*. Cuarta edición corregida y aumentada. Tomo I y II. Madrid, 1909.

-VALLE MUÑIZ, J.M. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. PPU. Barcelona, 1994.

-VELASCO NÚÑEZ, E. / MARAÑÓN GÓMEZ, R., “Principio non bis in idem”, en *Diario La Ley*, nº 7250, 2009, pp.1-3.

-VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*. Tomo I. Segunda Edición. Madrid, 1877.

-*Suplemento al Código Penal reformado de 1870*. Madrid, 1889.

-*Suplemento Tercero al Código Penal reformado de 1870*. Madrid, 1887.

-VICENTE Y CARAVANTES, J. *Código Penal reformado; comentado novísimamente. Precedido de una breve reseña histórica del Derecho Penal de España y seguido de tablas sinópticas*. Madrid, 1851.

-VIEITES PÉREZ, C., “El uso de armas por agentes de la autoridad”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1996, pp. 1-6.

-VIVES ANTÓN, T.S (Coordinador) y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996

-“*Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*”. *Estudios penales y criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pp.132-147.

-VIVES ANTÓN, T.S. / GIMENO SENDRA., J.V. *La detención: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*. Editorial Bosch. Barcelona, 1977.

-VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

-ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. / ESQUINAS VALVERDE, P. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 4ª edición. Valencia, 2010.

-ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director) / MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora) / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / RAMOS TAPIA, M.I. / ESQUINAS VALVERDE, P. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 2015.

-ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político-criminales”. *Revista de Derecho*, nº 46, 1992, pp. 193-219.

-VIEITES PÉREZ, C., “El uso de armas por agentes de la autoridad”, *Diario La Ley*, 1996.

Anexo de JURISPRUDENCIA CITADA

Anexo de JURISPRUDENCIA CITADA

A continuación se expone la relación de las resoluciones judiciales que se han citado en el presente trabajo, si bien debemos hacer alguna advertencia:

1.- Las Sentencias del Tribunal Supremo han sido seleccionadas atendiendo a su expreso tratamiento de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o bien de otras figuras vinculadas con dicha eximente.

2.- Se han ordenado cronológicamente por periodos de diferente amplitud y según el órgano que dicta la resolución, lo que facilitará su manejo y asimismo permitirá valorar la evolución y tratamiento de la eximente en examen que la jurisprudencia le ha otorgado a lo largo de los años.

3.- Se han utilizado resoluciones del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Audiencias Provinciales, y en el ámbito internacional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

-Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo entre 1870-1978:

- STS de 13 de julio de 1871.
- STS 58/1873, de 25 de enero.
- STS de 31 de enero de 1875.
- STS de 26 de junio de 1876.
- STS de 30 de enero de 1878.
- STS de 26 de octubre de 1907.
- STS de 14 de junio de 1919.
- STS de 4 de abril de 1924.
- STS de 28 de marzo de 1930.
- STS de 26 de abril de 1933.
- STS de 30 de noviembre de 1933.
- STS de 28 de diciembre de 1935.
- STS de 23 de enero de 1936.
- STS de 22 de enero de 1943.
- STS de 22 de enero de 1945.
- STS de 6 de febrero de 1945.
- STS de 29 de septiembre de 1945.
- STS de 2 de abril de 1960.
- STS de 14 de junio de 1960.
- STS de 9 de marzo de 1963.
- STS de 8 de abril de 1965.
- STS de 12 de diciembre de 1967.
- STS de 21 de enero de 1969.
- STS de 9 de mayo de 1969.
- STS de 22 de diciembre de 1970.
- STS de 31 de diciembre de 1973.
- STS de 28 de febrero de 1974.
- STS de 5 de octubre de 1974.
- STS de 18 de diciembre de 1875.
- STS de 14 de febrero de 1976.
- STS de 5 de marzo de 1976.
- STS de 27 de mayo de 1978.

-Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo entre 1978-1990:

- STS de 29 de octubre de 1979.
- STS de 31 de diciembre de 1979.
- STS de 7 de abril de 1980.
- STS de 19 de abril de 1980.
- STS de 25 de abril de 1980.
- STS de 27 de mayo de 1980.
- STS de 20 de octubre de 1980.
- STS de 19 de diciembre de 1980.
- STS de 7 de abril de 1981.
- STS de 3 de mayo de 1982.
- STS de 13 de mayo de 1982.

- STS de 24 de febrero de 1983.
- STS de 22 de abril de 1983 (caso intento de golpe de Estado 23F).
- STS de 3 de mayo de 1983.
- STS de 16 de mayo de 1983.
- STS de 6 de noviembre de 1984.
- STS de 3 de mayo de 1985.
- STS de 5 de julio de 1985.
- STS 20 de septiembre de 1985.
- STS de 15 de febrero de 1986.
- STS de 22 de febrero de 1986.
- STS de 19 de abril de 1986.
- STS de 9 de diciembre de 1986.
- STS de 24 de marzo de 1987.
- STS de 16 de junio de 1987.
- STS de 20 de julio de 1987.
- STS de 2 de julio de 1987.
- STS de 23 de julio de 1987.
- STS de 23 de septiembre de 1987.
- STS de 20 de octubre de 1987.
- STS de 6 de noviembre de 1987.
- STS de 23 de febrero de 1988.
- STS de 4 de marzo de 1988.
- STS de 19 de abril de 1988.
- STS de 21 de abril de 1988.
- STS de 17 de mayo de 1988.
- STS de 18 de mayo de 1988.
- STS de 3 de junio de 1988.
- STS de 14 de junio de 1988.
- STS de 24 de junio de 1988.
- STS de 29 de junio de 1988.
- STS de 15 de noviembre de 1988.
- STS de 18 de noviembre de 1988.
- STS de 6 de marzo de 1989.
- STS de 18 de mayo de 1989.
- STS de 24 de julio de 1989.
- STS de 27 de noviembre de 1989.
- STS de 22 de diciembre de 1989.
- STS de 9 de febrero de 1990.
- STS de 15 de febrero de 1990.
- STS de 6 de marzo de 1990.
- STS de 15 de marzo de 1990.
- STS de 16 de marzo de 1990.
- STS de 2 de abril de 1990.
- STS de 20 de abril de 1990.
- STS de 16 de mayo de 1990.
- STS de 18 de mayo de 1990.
- STS de 29 de junio de 1990.
- STS de 22 de octubre de 1990.
- STS de 19 de noviembre de 1990.
- STS de 18 de diciembre de 1990.

- Auto de 20 de diciembre de 1990.
- STS de 27 de diciembre de 1990.
- STS de 29 de diciembre de 1990.

-Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo entre 1991-2000:

- STS de 26 de febrero de 1991.
- STS de 10 de julio de 1991.
- STS de 1 de octubre de 1991.
- STS de 25 de octubre de 1991.
- STS de 4 de diciembre de 1991.
- STS de 20 de enero de 1992.
- STS de 22 de enero de 1992.
- STS de 1 de febrero de 1992.
- STS 366/1992, de 20 de febrero.
- STS 431/1992, de 29 de febrero.
- STS 543/1992, de 5 de marzo.
- STS de 12 de marzo de 1992.
- STS 669/1992, de 24 de marzo.
- STS 662/1992, de 25 de marzo.
- STS 818/1992, de 10 de abril.
- STS de 6 de mayo de 1992.
- STS de 8 de mayo de 1992.
- STS 1135/1992, de 21 de mayo
- STS de 25 de mayo de 1992.
- STS de 10 de junio de 1992.
- STS 1360/1992, de 15 de junio.
- STS (Sala Militar), de 6 de julio de 1992.
- STS de 30 de septiembre de 1992.
- STS de 19 de octubre de 1992.
- STS 2184/1992, de 20 de octubre.
- STS 2347/1992, de 20 de octubre.
- STS de 18 de noviembre de 1992.
- STS de 28 de enero de 1993.
- STS 169/1993, de 3 de febrero.
- STS 426/1993, de 25 de febrero.
- STS de 5 de marzo de 1993.
- STS de 9 de marzo de 1993.
- STS 732/1993, de 2 de abril.
- STS de 7 de abril de 1993.
- STS 1009/1993, de 7 de mayo.
- STS de 20 de mayo de 1993.
- STS 1401/1993, de 10 de junio.
- STS de 30 de junio de 1993.
- STS 1648/1993, de 2 de julio.
- STS de 12 de julio de 1993.
- STS de 14 de julio de 1993.
- STS 1828/1993, de 19 de julio.
- STS 1910/1993, de 21 de julio.
- STS 2/1993, de 28 de septiembre.

- STS 2208/1993, de 11 de octubre.
- STS 2347/1993, de 20 de octubre.
- STS de 23 de noviembre de 1993.
- STS 2731/1993, de 24 de noviembre.
- STS 2780/1993, de 3 de diciembre.
- STS 2868/1993, de 21 de diciembre.
- STS 2958/1993, de 30 de diciembre.
- STS 19/1994, de 17 de enero.
- STS 42/1994, de 24 de enero.
- STS de 4 de febrero de 1994.
- STS 538/1994, de 14 de marzo.
- STS 771/1994, de 7 de abril.
- STS 866/1994, de 27 de abril.
- STS 1200/1994, de 2 de junio.
- STS 1255/1994, de 18 de junio.
- STS 1294/1994, de 24 de junio.
- STS de 6 de julio de 1994.
- STS 1422/1994, de 11 de julio.
- STS 1157/1994, de 17 de julio.
- STS 1715/1994, de 30 de septiembre.
- STS 1736/1994, de 30 de septiembre.
- STS 1726/1994, de 6 de octubre.
- STS 1947/1994, de 4 de noviembre.
- STS 2021/1994, de 17 de noviembre.
- STS 2135/1994, de 7 de diciembre.
- STS 1050/1995, de 30 de enero.
- STS de 31 de enero de 1995.
- STS 61/1995, de 2 de febrero.
- STS 191/1995, de 14 de febrero.
- STS 380/1995, de 17 de marzo.
- STS 2881/1995, de 19 de mayo.
- STS 744/1995, de 2 de junio.
- STS 866/1995, de 5 de julio.
- STS de 17 de julio de 1995.
- STS 1044/1995, de 26 de octubre.
- STS 312/1996, de 20 de abril.
- STS 351/1996, de 25 de abril.
- STS 421/1996, de 13 de mayo.
- STS 458/1996, de 24 de mayo.
- STS 627/1996, de 3 de octubre.
- STS 1103/1996, de 31 de diciembre.
- STS 106/1997, de 31 de enero.
- ATS 192/1997, de 14 de febrero.
- STS 867/1997, de 16 de junio.
- STS 1045/1997, de 8 de septiembre.
- STS de 2 de octubre de 1997.
- STS 1181/1997, de 3 de octubre.
- STS de 21 de octubre de 1997.
- STS 1311/1997, de 28 de octubre.
- STS 1404/1997, de 22 de noviembre.

- STS 1231/1997, de 6 de diciembre.
- STS 1329/1998, de 11 de enero.
- STS 26/1998, de 16 de enero.
- STS de 14 de abril de 1998.
- STS 670/1998, de 14 de mayo.
- STS 778/1998, de 1 de junio.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 12 de junio de 1998.
- STS de 14 de junio de 1998.
- STS 871/1998, de 19 de junio.
- STS de 24 de junio de 1988.
- STS 922/1998, de 8 de julio.
- STS 2/1998, de 29 de julio.
- STS de 3 de octubre de 1998.
- STS de 5 de noviembre de 1998.
- STS de 6 de noviembre de 1998.
- STS de 23 de noviembre de 1998.
- STS de 24 de diciembre de 1998.
- STS 1716/1998, de 28 de diciembre.
- STS 234/1999, de 18 de febrero.
- STS 484/1999, de 22 de marzo.
- STS 688/1999, de 26 de abril.
- STS 684/1999, de 3 de mayo.
- STS 773/1999, de 13 de mayo.
- STS 785/1999, de 18 de mayo.
- STS de 1 de junio de 1999.
- STS 1296/1999, de 20 de septiembre.
- STS 1284/1999, de 21 de septiembre.
- STS 1342/1999, de 22 de septiembre.
- STS 1464/1999, de 21 de octubre.
- STS de 28 de octubre de 1999.
- STS 1526/1999, de 2 de noviembre.
- STS 1668/1999, de 29 de noviembre.
- STS 1695/1999, de 1 de diciembre.
- STS 1797/1999, de 13 de diciembre.
- STS de 19 de diciembre de 1999.
- STS 1825/1999, de 23 de diciembre.
- STS 1496/2000, de 30 de septiembre.
- STS 1682/2000, de 31 de octubre.
- STS 1929/2000, de 15 de diciembre.

-Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo entre 2001-2010:

- STS de 22 de enero de 2001.
- STS 163/2001, de 9 de febrero.
- STS de 6 de marzo de 2001.
- STS 367/2001, de 22 de marzo (caso CESID).
- STS 90/2001, de 31 de enero.
- STS de 10 de abril de 2001.
- STS 689/2001, de 27 de abril.

- STS 1633/2001, de 18 de septiembre.
- STS 2051/2001, de 7 de noviembre.
- STS de 4 de diciembre de 2001.
- STS de 20 de diciembre de 2001.
- STS 2466/2001, de 24 de diciembre.
- STS 33/2002, de 23 de enero.
- STS 423/2002, de 12 de marzo.
- STS de 9 de julio de 2002.
- STS 1601/2002, de 30 de septiembre.
- STS 1810/2002, de 5 de noviembre.
- STS de 14 de diciembre de 2002.
- STS 17/2003, de 15 de enero.
- STS de 5 de marzo de 2003.
- STS (Sala Militar) de 7 de marzo de 2003.
- STS 1590/2003, de 22 de abril.
- STS 601/2003, de 25 de abril.
- STS 694/2003, de 20 de junio.
- Acuerdo TS (Sala Penal), de 14 de noviembre de 2003.
- STS 457/2003, de 14 de noviembre.
- STS 1585/2003, de 30 de diciembre.
- STS 277/2004, de 5 de marzo.
- STS 1341/2004, de 18 de noviembre.
- STS 1436/2004, de 13 de diciembre.
- STS 4/2005, de 19 de enero
- STS 26/2005, de 22 de enero.
- STS 112/2005, de 31 de enero.
- STS 356/2005, de 21 de marzo.
- STS 474/2005, de 22 de marzo.
- STS 663/2005, de 23 de mayo.
- STS 793/2005, de 20 de junio.
- STS 147/2006, de 6 de febrero.
- STS 850/2006, de 12 de julio.
- STS 1084/2006, de 27 de octubre.
- STS 1230/2006, de 1 de diciembre.
- STS 1262/2006, de 28 de diciembre.
- STS 80/2007, de 9 de febrero.
- STS 814/2007, de 5 de octubre.
- STS 778/2007, de 9 de octubre.
- STS 1030/2007, de 4 de diciembre.
- STS 112/2007, de 10 de diciembre.
- STS 263/2008, de 20 de mayo.
- STS 519/2008, de 24 de julio.
- STS 747/2008, de 11 de noviembre.
- STS 891/2008, de 11 de diciembre (caso Roquetas).
- STS 279/2009, de 12 de marzo.
- STS 1137/2009, de 22 de octubre.
- STS 1010/2009, de 27 de octubre.
- STS (Sala Militar) de 9 de febrero de 2010.
- STS 543/2010, de 2 de junio.
- STS 882/2010, de 15 de octubre.

-Resoluciones dictadas entre 2011- mes de octubre de 2015:

- STS 159/2011, de 28 de febrero.
- STS 211/2011, de 30 de marzo.
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012.
- STS 27/2013, de 21 de enero.
- STS 153/2013, de 6 de marzo.
- STS (Sala Militar), de 15 de marzo de 2013.
- STS 485/2013, de 5 de junio.
- STS 834/2013, de 31 de octubre.
- STS 828/2013, de 6 de noviembre.
- STS (Sala Militar), de 12 de diciembre de 2013.
- STS 949/2013, de 19 de diciembre.
- STS 2958/2013, de 30 de diciembre.
- STS 46/2014, de 11 de febrero.
- STS 250/2014, de 11 de febrero.
- ATS 1157/2014, de 18 de junio.
- STS 578/2014, de 10 de julio.
- STS 275/2015, de 13 de mayo.
- STS (Sala Militar) de 9 de julio de 2015.

-Resoluciones citadas del Tribunal Constitucional:

- STC 2/1981, de 30 de enero.
- STC de 2 de febrero de 1981.
- STC de 31 de marzo de 1981.
- STC de 2 de julio de 1981.
- STC de 10 de noviembre de 1981.
- STC 33/1982, de 8 de junio.
- STC 62/1982, de 15 de octubre.
- STC 117/1984, de 5 de diciembre.
- STC 123/1984, de 18 de diciembre.
- STC 19/1985, de 13 de febrero.
- STC 59/1985, de 6 de mayo.
- STC 159/1985, de 27 de noviembre.
- STC 66/1986, de 23 de mayo.
- STC 2/1987, de 21 de enero.
- STC 5/1987, de 27 de enero.
- STC 160/1987, de 11 de febrero.
- STC 104/1989, de 8 de junio.
- STC 194/1989, de 16 de noviembre.
- STC 55/1990, de 28 de marzo.
- STC 234/1991, de 10 de diciembre.
- STC 81/1993, de 8 de marzo.
- STC 85/1993, de 8 de marzo.
- STC 341/1993, de 18 de noviembre.
- STC 270/1994, de 17 de octubre.
- STC 14 de febrero de 1995.

- STC 55/1996, de 28 de marzo
- STC 161/1997, de 2 de octubre.
- STC 221/1997, de 4 de diciembre.
- STC 136/1999, 20 de julio de 1999.
- STC 2/2003, de 16 de enero.
- STC 195/2003, de 27 de octubre.
- STC 24/2004, de 24 de febrero.
- STC de 7 de julio de 2005.
- STC 193/2011, de 12 de diciembre.

-Resoluciones citadas del Tribunal Europeo de Derecho Humanos:

- STEDH de 27-09-1995.
- STEDH de 9-10-1997.
- STEDH de 28-07-1998.
- STEDH de 1-03-2001.
- STEDH de 22 de mayo de 2001 (caso Altay contra Turquía).
- STEDH de 19 de mayo de 2004 (caso R.L. y M-J.D. contra Francia).
- STEDH de 1 de julio de 2004 (caso Bakbak contra Turquía).
- STEDH de 15-05-2007.
- STEDH de 17 de julio de 2008 (caso Ashughyan c. Armenia).
- STEDH de 5 de marzo de 2009 (caso Barraco c. Francia).
- STEDH de 8 de febrero de 2011 (caso Gülizar Tuncer contra Turquía).
- STEDH de 24-03-2011.

-Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona nº 485/2009 (Sección 7ª), de 8 de mayo.
- SAP de Almería (Sección 3ª), nº 295/2009, de 23 de septiembre.
- SAP de Madrid (Sección 29ª), nº 50/2009, de 9 de octubre.
- SAP de Pontevedra (Sección 2ª), nº 27/2010, de 16 de febrero.
- SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 80/2010, de 26 de marzo.
- SAP de Madrid (Sección 29ª), nº 355/2010, de 2 de diciembre.
- SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 221/2011, de 18 de mayo.
- SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 462/2011, de 31 de octubre.
- SAP de Pontevedra (Sección 2º), nº 320/2011, de 15 de noviembre.
- SAP de Madrid (Sección 16ª), nº 41/2012, de 10 de mayo.
- SAP de Castellón (Sección 2ª), nº 271/2013, de 4 de septiembre;
- SAP de Ourense (Sección 2ª), nº 63/2014, de 20 de febrero.
- SAP de Zaragoza nº 28/2014 (Sección 1ª), de 24 de marzo.
- SAP de Burgos (Sección 1ª), nº 193/2014, de 2 de mayo.
- SAP de Madrid (Sección 30ª), nº 463/2014, de 25 de junio
- Auto de la AP de Madrid (Sección 6ª), nº 695/2014, de 5 de septiembre.
- SAP de Toledo (Sección 2ª), nº 31/2014, de 2 de diciembre.
- SAP de Madrid (Sección 1ª), nº 48/2015, de 5 de febrero;
- SAP de Zaragoza (Sección 6ª), nº 151/2015, de 6 de abril.
- SAP de Guadalajara nº 57/2015, de 22 de abril.
- SAP de Barcelona (Sección 9ª), nº 449/2015, de 8 de mayo,
- SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 373/2015, de 2 de junio.

Anexo de LEGISLACIÓN UTILIZADA

Anexo de LEGISLACIÓN UTILIZADA

Con el fin de facilitar el manejo y consulta del presente trabajo, transcribimos a continuación las diferentes normas tanto nacionales como internacionales que han tenido incidencia en la exigencia de obrar en el cumplimiento de un deber desde su aparición por primera vez en el Código Penal de 1848. De algunas de ellas se ofrece únicamente una selección de los preceptos que se refieren de forma expresa al uso de la fuerza policial, si bien, en otros casos, se ofrecen en su totalidad por su importancia para la figura objeto del presente estudio.

Se ofrece en las siguientes páginas tanto la legislación interna como otras disposiciones de carácter internacional aplicables en nuestro país así como otras disposiciones de índole administrativo interno y otro tipo de normativa de interés como pueden ser las instrucciones y consultas de la FGE y circulares de uso exclusivo en las FCS.

Anexo de LEGISLACIÓN UTILIZADA

SUMARIO

- 1) Reglamento para el Servicio de la Guardia Civil y Cartilla del Guardia Civil (selección).
- 2) Ley de Enjuiciamiento Criminal (selección).
- 3) Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.
- 4) Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público.
- 5) Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de Policía.
- 6) Resolución 169/34, de 1979, de la Asamblea General de Naciones Unidas. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
- 7) Resolución 690 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Declaración sobre la Policía.
- 8) Real Decreto-Ley 3/1979, de 28 de enero, de protección de la seguridad ciudadana.
- 9) Orden del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 1981, sobre los principios básicos de actuación a los miembros de las FCSE.
- 10) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- 11) Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1990.
- 12) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (selección).
- 13) Ley Orgánica 11/2007, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (selección).
- 14) Decreto 18/1995, de 24 de enero, del Gobierno Valenciano, regulador de los criterios de utilización de los equipos de autodefensa y armamento por las Policías Locales de la Comunidad Valenciana (selección).
- 15) Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado de 14 de abril de 1983, sobre utilización de armas de fuego por las FCSE.
- 16) Instrucción de la SES 12/2007
- 17) Instrucción de la SES 11/2007, Protocolo de actuación con menores (selección).
- 18) Circular 1/1994, de la Dirección General de la Guardia Civil sobre uso de armas de fuego.
- 19) Circular 1/2008 de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil sobre (selección).

1) Reglamento para el servicio de la Guardia Civil de 1844 y Cartilla del Guardia Civil de 1845 (selección).

Artículo 27 del Reglamento para el Servicio.

1º. Se valdrá del medio que le dicte la prudencia para persuadir á los perturbadores á que se dispersen y no continuar alterando el órden.

2º. Cuando este medio sea ineficaz, les intimará el uso de la fuerza.

3º. Si á pesar de esta intimación persisten los amotinados en la misma desobediencia, restablecerá á viva fuerza la tranquilidad y el imperio de la ley.

Artículo 18 de la Cartilla del Guardia Civil.

Sus primeras armas deben ser la persuasión y la fuerza moral, recurriendo solo á las que lleve consigo, cuando se vea ofendido por otras, ó sus palabras no hayan bastado. En este caso dejará siempre bien puesto el honor que la Reina le ha entregado.

2) Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (selección).

Artículo 520 LeCrim.

La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

Artículo 568 LeCrim.

Practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza.

3) Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (selección).

Artículo 2. Derecho a la vida

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Artículo 60. Regla de interpretación.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que éste sea parte.

4) Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público.

El normal desenvolvimiento de las Instituciones políticas y privadas, así como el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, son conceptos que siendo base y fundamento del orden público evolucionan en su amplitud, contenido y vigencia; por lo que igualmente ha de ser reformada la Ley de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y tres, que sólo fragmentariamente se modificó, entre otras exposiciones por las Leyes de veintitrés de mayo y dieciocho de junio de mil novecientos treinta y seis, y el Decreto de dieciocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco. Tal es la finalidad de la presente norma legal en la que se ha procurado fundir armónicamente el viejo material heredado, que ha mantenido su prestigio a través de la prueba histórica, con las tendencias modernas apuntadas, y de este modo confeccionar un instrumento jurídico capaz de afrontar con las máximas garantías de acierto las necesidades de la paz pública nacional. La reforma se ha centrado, fundamentalmente, sobre la definición precisa y actual del Orden Público, la delimitación orgánica y unitaria del instrumento encargado de velar por él, el desarrollo rigurosamente sistemático, de sus estados vitales o de crisis, reduciendo éstos a los que son racionalmente admisibles: Los de excepción y guerra; se ha procurado determinar en cada uno de ellos los medios y el alcance de las facultades que se confieren a las Autoridades gubernativas para afrontar y resolver las situaciones de emergencia que se les presente con la mínima intromisión en el libre ejercicio de los derechos personales que éstas consientan, y finalmente, se renueva el procedimiento judicial de urgencia, de conformidad con las Leyes de dieciséis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, que reformó la casación penal, y la de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete, que lo hizo con el procedimiento de los delitos flagrantes, ambas con repercusiones sobre aquél. Es sin duda destacada novedad la delimitación que se formula de las facultades sancionadoras de las Autoridades gubernamentales en las infracciones que se cometan contra el orden público. El problema no es totalmente nuevo, pero vivía en varias disposiciones que, aunque poseían amparo en el artículo seiscientos tres del Código penal, carecían de sistema. Ahora se les confiere y dota de unidad, respetándose las garantías de legalidad penal clásicas en este derecho. No sólo se fijan taxativamente las infracciones, sino también las Autoridades que pueden sancionarlas, así como la cuantía de la sanción. Singular mención merece el sistema que se articula sobre el estado de excepción, atendidas su significación social y política y la expresa determinación del artículo treinta y cinco del Fuero de los Españoles, así como las reglas que hacen referencia a las facultades extraordinarias sobre la intervención ocasional de los bienes privados, y la movilización de recursos por la Autoridad pública, justificadas no sólo por el principio del estado de necesidad que las da vida, sino por el reconocimiento expreso de la vigente Ley de Expropiación forzosa (artículo ciento veinte) y el derecho comparado extranjero que las sanciona sin reparo alguno. El estado de guerra, última fase de las crisis del orden, antes imprecisamente desarrollado, se organiza ahora más sistemáticamente, condicionándose su declaración a la existencia de un grave peligro para la vida político-social del país, y se dispone que sea en general el propio Gobierno quien dicha declaración autorice. En fin, las

disposiciones transitorias establecen expresamente la irretroactividad de las sanciones, y con relación a determinados delitos contrarios al orden público y a la seguridad interior, de los que vienen conociendo jurisdicciones especiales, por cuanto significan modalidades cualificadas, de subvención social, conforme a lo establecido por Leyes como las de primero de marzo de mil novecientos cuarenta, dos de marzo de mil novecientos cuarenta y tres y dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, se ratifica su competencia, si bien se faculta al Gobierno para revisar y unificar las normas en la materia. Con todo lo hecho se puede afirmar que se ofrece una versión nueva, por lo renovada, de la anterior Ley de Orden Público, para garantizar la paz y seguridad públicas en el seno de la nación libre y unida.

En su virtud, y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Españolas, DISPONGO:

CAPÍTULO PRIMERO - Del orden público y Autoridades encargadas de su conservación

Artículo primero. El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público.

Artículo segundo. Son actos contrarios al orden público: a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España. b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias. c) Los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros. d) Los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos. e) Las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias. f) Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella. g) Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos. h) Excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo. i) Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social.

Artículo tercero. El Gobierno, todas las autoridades de la Nación y sus Agentes velarán por la conservación del orden público. Su mantenimiento y defensa compete especial y directamente, en todo el territorio nacional, al

Ministro de la Gobernación y, subordinadamente, dentro de cada provincia, al respectivo Gobernador civil, y en cada Municipio, a su Alcalde.

Artículo cuarto. Uno. El Ministro de la Gobernación para la conservación y restauración del orden público ejerce el mando superior de las Fuerzas de Seguridad del Estado, integradas por los Cuerpos General de Policía, Policía Armada y de Tráfico, Cuerpo de la Guardia Civil y de todas las demás Unidades de Seguridad y Vigilancia o Somatenes de carácter nacional, regional, provincial o municipal y fuerzas auxiliares. Dos. En caso de necesidad, puede solicitar por conducto reglamentario la cooperación de Unidades militares para desempeñar los servicios públicos que se les encomiende, siempre bajo el mando de sus Jefes naturales.

Artículo quinto. El Director general de Seguridad cumplirá y hará cumplir a las Autoridades gubernativas, sus Agentes y cuantos elementos le estén subordinados aun de manera accidental las órdenes que reciba o dicte dentro de sus atribuciones. Como Jefe de los Servicios de orden público, en la provincia de Madrid, adoptará las medidas oportunas para mantenerlo en el territorio de la misma.

Artículo sexto. Uno. Los Gobernadores civiles, a los efectos de esta Ley, asumirán, subordinados al Ministro de la Gobernación el ejercicio de la Autoridad gubernativa en el territorio de su respectiva provincia y adoptarán las medidas adecuadas para la conservación y restauración del orden público a cuyo efecto tienen el mando en su provincia de los Cuerpos y fuerzas mencionados en el artículo cuarto. Dos. El Gobierno, por acuerdo del Consejo de Ministros, podrá nombrar por el tiempo que considere necesario, Gobernadores civiles generales encargados especialmente de asegurar el orden público, con jurisdicción sobre el territorio de varias provincias o de parte de ellas y con las facultades que el propio Gobierno determine, las cuales no podrán en ningún caso exceder de las definidas en esta Ley. Tres. Los Gobernadores civiles podrán a su vez nombrar para zonas y casos determinados Delegados de su autoridad para el mantenimiento del orden público. Estos nombramientos habrán de recaer en funcionarios públicos o en personas de reconocido arraigo o solvencia y deberán, en todo caso, comunicarse al Ministro de la Gobernación.

Artículo séptimo. Bajo la autoridad y dirección del Gobernador civil correspondiente, los Alcaldes coadyuvarán a la conservación del orden público en sus respectivos términos municipales; ejercerán en los Municipios que no sean capitales de provincia la autoridad gubernativa cuando el Gobernador civil no la asuma personalmente o por un Delegado especial; y obrarán por propia iniciativa y responsabilidad cuando las circunstancias no les permitieran pedir o recibir instrucciones, dando cuenta de sus actos lo más rápidamente posible al Gobernador civil.

Artículo octavo. Toda persona que tuviere conocimiento de un hecho que perturbe el orden deberá ponerlo en conocimiento de la Autoridad gubernativa, y de no hacerlo incurrirá en la multa establecida por el artículo doscientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Solamente a

requerimiento de aquélla o de sus Agentes, se hallan obligados los particulares a colaborar en la restauración del mismo, siempre que puedan hacerlo sin grave perjuicio o riesgo personal.

Artículo noveno. Uno. Para el mejor conocimiento y difusión de las prescripciones concernientes al orden y decoro públicos, la Autoridad gubernativa podrá publicar los oportunos bandos. Esta publicación será preceptiva cuando dicha Autoridad, para garantía del propio orden dictare, dentro de sus atribuciones, disposiciones especiales o previniere sanciones de carácter general. Los expresados bandos se insertarán en el «Boletín Oficial» de la provincia y se divulgarán por los medios más eficaces. Su inserción en los periódicos y difusión en las emisoras de la provincia o localidad tendrá carácter obligatorio cuando la Autoridad así lo disponga. Dos. Igualmente, para unificar la actuación y mejor servicio de las Autoridades delegadas de su jurisdicción, podrá dictar la Autoridad gubernativa las órdenes circulares que estime convenientes, las que se publicarán asimismo en el «Boletín Oficial», a menos que tengan carácter reservado, caso en que se comunicarán individualmente a las Autoridades delegadas que proceda. Tres. De todos los bandos y órdenes de los Gobernadores civiles se dará conocimiento al Ministerio de la Gobernación el cual podrá modificarlos o dejarlos sin efecto. Cuatro. Asimismo, el Gobernador civil podrá dejar sin efecto los publicados por Autoridades delegadas.

CAPÍTULO II - De las facultades gubernativas ordinarias

Artículo diez. Las Autoridad gubernativa 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. También podrán proceder a la ocupación temporal de las que se lleven con licencia, si se estima indispensable hacerlo, con objeto de prevenir la comisión de algún delito, la alteración del orden o cuando exista peligro fundado para la seguridad de las personas.

Artículo once. La Autoridad gubernativa y sus Agentes no podrán entrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento o mandamiento judicial, salvo en los casos siguientes: Primero.—Cuando fueren agredidos desde él. Segundo.—En los casos de flagrante delito, tanto para la persecución de los presuntos culpables como para la ocupación de los instrumentos y efectos del mismo y de cuanto pueda servir para su comprobación. Tercero.—Cuando en aquél se produjeran alteraciones que perturben el orden. Cuarto.—Si fueren requeridos por sus moradores. Quinto.—Cuando fuere necesario hacerlo para auxiliar a las personas o evitar daños inminentes y graves en las cosas. El acta y atestado que con tal motivo se levantara serán entregados sin dilación, la Autoridad judicial competente a los efectos que procedan, incluso el de corregir en su caso las extralimitaciones que se hubiesen podido cometer. De toda extralimitación cometida se dará cuenta al Gobernador civil.

Artículo doce. Uno. La Autoridad gubernativa y sus Agentes podrán detener a quienes cometan e intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la

Autoridad o sus Agentes en relación con dichos actos. Dos. Los detenidos serán puestos en libertad o entregados a la Autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas.

Artículo trece. Uno. Si en lugar público grupos de personas perturbaren el orden se les intimará a disolverse. Cuando las órdenes no fueren obedecidas la Autoridad o sus Agentes harán hasta una tercera advertencia conminatoria y de ser ésta incumplida, los dispersará por los procedimientos más adecuados a las circunstancias, según su prudente arbitrio. Dos. Si la perturbación acaeciere en locales cerrados o en edificios públicos no oficiales, los Agentes de la Autoridad podrán penetrar en ellos y adoptar las medidas pertinentes para restablecer el orden. Tres. La entrada en edificios ocupados por Corporaciones o Entidades públicas requerirá, salvo en casos de notoria alteración del orden, el consentimiento del funcionario o persona que los tuviere a su cargo.

Artículo catorce. Uno. Cualquier reunión ilegal o manifestación no autorizada o que se desarrolle fuera de los límites o condiciones permitidos por la Autoridad, podrá ser disuelta por las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden. Antes de proceder a ello, deberán intimar por tres veces consecutivas a los reunidos o manifestantes, con intervalos de tiempo suficiente. Dos. Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizado aquélla legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimación cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia, sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública, o los manifestantes se produjeran con armas.

Artículo quince. Las Autoridades gubernativas adoptarán las medidas necesarias para asegurar que, con ocasión de las reuniones o manifestaciones autorizadas, no se perturbe el orden público. Se considerarán en todo caso autorizadas las reuniones o manifestaciones que celebren las organizaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo dieciséis del Fuero de los Españoles.

Artículo dieciséis. Las Asociaciones que fomenten o desarrollen cualquier actividad perturbadora del orden público u organicen reuniones o manifestaciones ilegales, serán suspendidas por las Autoridades gubernativas y sus directivos y ejecutores sometidos a las sanciones que les correspondan, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente.

Artículo diecisiete. Uno. En los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública, las Autoridades gubernativas deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables y darán inmediata cuenta al Gobierno para que éste resuelva lo procedente. Dos. En todo caso, la Autoridad y sus Agentes podrán requerir la ayuda y colaboración de otras personas y disponer de lo necesario en auxilio de las víctimas. Las resoluciones que adopten serán ejecutivas.

Artículo dieciocho. Las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta Ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, en la cuantía señalada en el artículo siguiente, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otra jurisdicción.

Artículo diecinueve. Uno. Los Alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de doscientas cincuenta pesetas en Municipios de hasta diez mil habitantes; de quinientas pesetas en los de diez mil a veinte mil; de mil pesetas en los de más de veinte mil; de dos mil quinientas pesetas en los de más de cincuenta mil, y de cinco mil pesetas en los de más de cien mil. Dos. Los Delegados del Gobierno en las islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con multas de hasta dos mil quinientas pesetas. Los Gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de veinticinco mil pesetas; el Director general de Seguridad hasta cincuenta mil pesetas; el Ministro de la Gobernación hasta cien mil pesetas, y el Consejo de Ministros hasta quinientas mil pesetas. Tres. Seguirán encomendadas al Director general de Seguridad las atribuciones que en este orden le corresponden en Madrid y su provincia, sin perjuicio de las peculiares del Gobernador civil en materia de régimen local u otras cuestiones.

Artículo veinte. Uno. Para la graduación de las multas se deberá tener en cuenta la gravedad y trascendencia del hecho realizado, los antecedentes del infractor, su capacidad económica y cargas familiares. Dos. Si la Autoridad llamada en principio a sancionar juzgara que, por la gravedad o significación del hecho, debiera ser este corregido con multa que exceda de sus atribuciones, lo expondrá en comunicación fundada a la Autoridad superior para que la misma resuelva lo que estime pertinente. Tres. La Autoridad sancionadora fijará el plazo dentro del cual deberá hacerse efectiva la multa, sin que pueda ser inferior al de tres días hábiles, a partir del siguiente al de la notificación, pudiendo acordar el fraccionamiento del pago. Cuatro. Las multas se abonarán en papel de pagos al Estado.

Artículo veintiuno. Uno. Contra las sanciones gubernativas sólo podrá el interesado interponer recurso, que tendrá el doble carácter de súplica ante la Autoridad que corrigió, y de alzada, ante el superior inmediato de aquélla. Dos. El plazo de interposición de este recurso será el de diez días hábiles, a contar del siguiente al de notificación de la sanción. Tres. Si se estimase totalmente como recurso de súplica, perdería su carácter subsidiario de recurso de alzada, si se desestimase total o parcialmente, o no fuese resuelto en el plazo de quince días, la Autoridad sancionadora cursará el escrito en que se contenga al superior correspondiente, acompañando, a modo de informe, la resolución desestimatoria del recurso. Cuatro. Para recurrir contra la imposición de una multa como sanción gubernativa se verificará previamente el depósito del tercio de su cuantía, salvo los casos de notoria incapacidad económica apreciada por la Autoridad que sancionó. Cinco. Para la resolución de los recursos de alzada son superiores de los Alcaldes y Delegados del Gobierno en las provincias insulares los Gobernadores civiles respectivos; del Director general de Seguridad y de los Gobernadores civiles el Ministro de la Gobernación, y de éste, el Consejo de Ministros.

Artículo veintidós. Uno. Una vez firme la resolución por no haberse interpuesto contra ella recurso o ser éste desestimado; si la multa no estuviere abonada, los Gobernadores civiles el Director general de Seguridad o el Ministro de la Gobernación podrán disponer el arresto supletorio del infractor hasta treinta días, o bien oficiar al Juzgado competente con copia auténtica de la resolución, para que proceda a su exacción por la vía de apremio o, en su caso, a la declaración de insolvencia total o parcial del multado, o imposición de arresto supletorio que proceda, que no podrá exceder de treinta días. Dos. Los Alcaldes y Delegados del Gobierno darán cuenta a los Gobernadores respectivos de la falta de pago de las multas que hubieren impuesto, a los efectos del párrafo anterior. Tres. Los acuerdos del Consejo de Ministros serán tramitados por el Ministerio de la Gobernación para su efectividad.

Artículo veintitrés. Uno. Cuando de los antecedentes policiales o penales apareciese ser el incumplido infractor habitual o estuviera conceptualizado como peligroso para el orden público, o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social, el Gobernador civil, el Director general de Seguridad y el Ministro de la Gobernación podrán sancionarlo con multa en un cincuenta por ciento superior a la autorizada en el artículo diecinueve, sin perjuicio de que sea puesto, cuando proceda, a disposición de la jurisdicción de Vagos y Maleantes. Dos. Si el inculcado a que se refiere el párrafo anterior, sea cual fuere la cuantía de la sanción impuesta, careciese de arraigo en el lugar o de solvencia conocida, la Autoridad gubernativa podrá disponer su detención mientras no haga efectiva la multa o no preste caución suficiente, a juicio de aquélla, por plazo no superior a treinta días, que le será de abono para el cumplimiento del arresto supletorio.

Artículo veinticuatro. Uno. Los menores de dieciséis años deberán ser puestos a disposición de la jurisdicción tutelar propia. Los comprendidos entre esta edad y los dieciocho serán corregidos por atenuación, y caso de imponérseles arresto supletorio lo sufrirán con separación de aquellas personas que representen notorio peligro para su moralidad. Dos. Cuando se trate de mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis, que se hallaren prostituídas o corran grave riesgo de corromperse, deberán ser puestas a disposición del Patronato de Protección a la Mujer, para que, aparte de cumplir la sanción que se les imponga, se provea a su tutela.

CAPÍTULO III - Del estado de excepción.

Artículo veinticinco. Uno. Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, podrá el Gobierno, mediante Decreto-ley, declarar el estado de excepción en todo o parte del territorio nacional, asumiendo los poderes extraordinarios que en este capítulo se determinan. De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare. Dos. El Decreto-ley que se dicte determinará qué garantías jurídicas de las reconocidas por el Fuero de los Españoles quedan suspendidas con arreglo a su artículo treinta y cinco y si no lo fueran todas, podrá acordarlo en Decretos-leyes sucesivos dictados en los casos y momentos que estime pertinentes.

Artículo veintiséis. Uno. El Gobierno deberá dar cuenta inmediata a las Cortes de los Decretos-leyes mencionados en el artículo anterior, así como de aquel por el que se restablezca la normalidad, sin que sea necesario el trámite previsto en el artículo diez, número tres, de la Ley de veintiséis de julio de mil novecientos cincuenta y siete. Dos. Si la normalidad no hubiera podido lograrse dentro de los tres meses siguientes a la declaración del estado de excepción, el Gobierno pondrá en conocimiento de las Cortes las razones que aconsejen su prórroga.

Artículo veintisiete. Las medidas que se adopten para la restricción parcial o total de las garantías suspendidas por los Decretos-leyes que declararon el estado de excepción, se limitarán a los términos que en cada caso aconsejen las exigencias del orden público.

Artículo veintiocho. Las Autoridades gubernativas asumirán las siguientes facultades con arreglo al Decreto o Decretos-leyes que se dicten: a) Prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que en el bando se determinen: la formación de grupos o estacionamientos en la vía pública y los desplazamientos de localidad, o bien exigir a quienes los hagan que acrediten su identidad personal y el itinerario a seguir. b) Delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas, así como prohibir en lugares determinados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública. c) Detener a cualquier persona si lo consideran necesario para la conservación del orden. d) Exigir que se notifique todo cambio de domicilio o residencia con dos días de antelación. e) Disponer el desplazamiento accidental de la localidad o lugar de su residencia de las personas que por sus antecedentes o conducta infundan sospechas de actividades subversivas. f) Fijar la residencia en localidad o territorio de la Nación, a ser posible adecuado a las condiciones personales del individuo de aquellos en quienes concurren las circunstancias del párrafo anterior. Estas medidas cesarán con las circunstancias que las motivaron.

Artículo veintinueve. La Autoridad gubernativa podrá ejercer la censura previa de la Prensa y publicaciones de todas clases de las emisiones radiofónicas o televisadas y de los espectáculos públicos o suspenderlos en cuanto puedan contribuir a la alteración del orden público.

Artículo treinta. Uno. Las Autoridades gubernativas podrán disponer inspecciones y registros domiciliarios en cualquier momento que se considere necesario. Dos. En uno y otro caso, el reconocimiento de la casa, papeles y efectos tendrá que ser siempre presenciado por el dueño o encargado de la misma, o por uno o más individuos de su familia y por dos vecinos de la propia casa o de las inmediaciones si en ellas los hubiere, y en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo. Tres. No hallando en ella al dueño o encargado de la casa, ni a ningún individuo de la familia, se hará el reconocimiento a presencia únicamente de los dos vecinos indicados, levantándose acta, que firmará con ellos la Autoridad o su Delegado. Cuatro. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro será obligatoria. Cinco. En caso

de no ser hallados vecinos que puedan presenciar el registro, se llevará a efecto haciendo constar esta circunstancia en el acta.

Artículo treinta y uno. Uno. Los extranjeros transeúntes en España están obligados a realizar la presentación y a llenar las demás formalidades que con respecto a ellos acuerde la Autoridad. Quienes las contravinieren u ofrecieren indicios de concomitancia con los revoltosos serán expulsados del país, salvo que los hechos constituyan delito, caso en el que se les someterá al procedimiento correspondiente. Dos. Los extranjeros con residencia en España debidamente autorizada y registrada, quedarán sujetos a las mismas disposiciones que los nacionales y a las normas que se establezcan sobre renovación o control de su tarjeta de identidad o cédula de inscripción consular. Si en su conducta se apreciara connivencia con los perturbadores, podrán ser expulsados del territorio nacional, previa justificación sumaria de las razones que lo motivan. Los interesados, sin perjuicio del cumplimiento de lo acordado, podrán recurrir en alzada. Tres. Los apátridas o refugiados respecto de los cuales no sea procedente la expulsión, seguirán el Estatuto de los nacionales.

Artículo treinta y dos. Uno. Asimismo y con carácter extraordinario se podrán acordar las siguientes medidas de seguridad y prevención: a) Revocar total o parcialmente los permisos de tenencia de armas. b) Evitar que, prevaliéndose del uso de los servicios públicos de transportes, comunicaciones o cualquiera otro, se coopere a provocar o mantener la alteración del orden. c) Vigilar y proteger los edificios, instalaciones, obras, servicios públicos e industriales, o explotaciones de cualquier género. d) Emplazar puestos armados en los lugares más apropiados para asegurar la vigilancia. Las medidas que se indican en los dos apartados anteriores llevarán consigo la obligación de los dueños, moradores o encargados, de consentir las limitaciones que exija la utilización de las fincas o instalaciones afectadas. e) Dictar las normas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, la libertad de comercio, el funcionamiento de los servicios públicos y de los centros de producción y trabajo, pudiendo exigir la prestación personal obligatoria de sus trabajadores y empleados y considerárseles, en cuanto duren las circunstancias, como funcionarios públicos al servicio del Estado y sometidos al Estatuto legal, jerárquico y disciplinario de éstos, bajo las órdenes directas de la Autoridad o sus Delegados. f) Movilizar los recursos del territorio o de las localidades en que se declare el estado de excepción, pudiendo llegar si fuera necesario para remediar la calamidad o dominar la perturbación, a disponer de las armas, municiones, vehículos, carburantes, víveres, animales o materiales de toda clase o a la intervención u ocupación de industrias, fábricas, talleres o explotaciones. Dos. Cuando a consecuencia de la ejecución de estas medidas procediere alguna indemnización, ésta se regulará de conformidad con lo que previene la Ley de Expropiación forzosa.

Artículo treinta y tres. Uno. Si algún funcionario o persona al servicio del Estado, Provincia, Municipio y Entidad o Instituto de carácter público u oficial favoreciese con su conducta la actuación de los elementos perturbadores del orden o se negare a cooperar con la Autoridad constituida, cuando le fuere expresamente reclamado, podrá ser suspendido provisionalmente por ésta de su empleo, cargo o función y sueldo anejos en tanto duren las circunstancias,

sin que contra dicha resolución quepa recurso alguno. Dos. Además, se pasará el tanto de culpa a la Autoridad judicial correspondiente y se notificará al Superior jerárquico a los efectos de oportuno expediente disciplinario. Artículo treinta y cuatro. Las Autoridades podrán sancionar los actos contra el orden público con multas superiores en un cincuenta por ciento a lo autorizado en el capítulo segundo.

CAPÍTULO IV - Del estado de guerra.

Artículo treinta y cinco. El estado de guerra será declarado en los supuestos siguientes: a) Cuando la alteración que motivó el estado de excepción haya adquirido tales proporciones o gravedad que no pueda ser dominada por las medidas adoptadas por la Autoridad civil. b) Cuando se produzca una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus Instituciones políticas o la estructura social.

Artículo treinta y seis. La declaración del estado de guerra, sea cual fuere el territorio al que afecte, habrá de ser acordada por el Gobierno, mediante Decreto-ley, dándose cuenta inmediatamente a las Cortes. Si transcurridos dos meses, a partir de la fecha de la declaración, subsistieren las circunstancias que lo motivaron, se prorrogará expresamente con las mismas formalidades y por el plazo que se estime conveniente.

Artículo treinta y siete. Cuando en las circunstancias a que se refiere el artículo treinta y cinco la Autoridad gubernativa no pudiera establecer comunicación con el Gobierno, se pondrá urgentemente en relación con la Autoridad militar y la judicial ordinaria, y dispondrán la inmediata declaración del estado de guerra. Si no hubiese, tiempo para tomar acuerdo, o éste no se consiguiera, la Autoridad gubernativa decidirá que se entre desde luego en el estado de guerra. De todo ello se dará cuenta al Gobierno tan pronto como sea posible.

Artículo treinta y ocho. Si los hechos ocurrieren en capital de provincia, la Autoridad gubernativa para los efectos del artículo anterior, lo será el Gobernador civil, la Autoridad militar la que correspondiera hacerse cargo del mando y la judicial la superior en orden jerárquico. En los demás pueblos, cuando el peligro fuere inminente y no pudiera acudir al Gobernador civil, se reunirán para dicha declaración el Alcalde o el Delegado del Gobierno en las provincias insulares, el Juez de Primera Instancia y el Jefe militar de mayor graduación con mando de armas, o, en su defecto, de organismo o dependencia militar.

Artículo treinta y nueve. Uno. Declarado el estado de guerra por el Gobierno, designará éste la Autoridad militar que haya de hacerse cargo del mando en el territorio o territorios a que afecte la declaración. En los casos del artículo anterior, lo asumirá la Autoridad militar de mayor empleo con mando superior de fuerzas en el territorio o lugar de que se trate y en igualdad de empleo la del Ejército de Tierra, la de mar o la del Aire, por dicho orden. Dos. Al hacerse cargo del mando, la Autoridad militar, después de oír al Auditor, si fuera posible, publicará el oportuno bando mediante lectura y fijación en los puntos

que se consideren necesarios, y además le dará la mayor difusión. Tres. El bando habrá de contener los siguientes extremos: a) Una intimación a los perturbadores para que depongan su actitud y presten obediencia a la Autoridad constituida, para lo que se les dará un plazo prudencial, que, de no haberse fijado, será de dos horas. b) Las medidas aplicables a los que persistiesen en su conducta. c) Determinación del territorio en que haya de aplicarse. d) Los hechos punibles que queden sometidos a la jurisdicción militar, y, si se considera necesario, la penalidad que les corresponda, sin que en ningún caso puedan establecerse penas distintas de las contenidas anteriormente en las Leyes. e) Momento en que el bando comenzará a regir. Cuatro. Si los perturbadores se sometiesen antes de terminar el plazo que se les dió, serán puestos a disposición de la Autoridad judicial militar para que proceda a exigirles la responsabilidad correspondiente o a eximirles de ella. Cinco. Los que no se avinieren a los medios persuasivos quedarán bajo la acción de los coercitivos que disponga la Autoridad para reprimir y dominar el desorden así como el posterior enjuiciamiento de los Tribunales marciales.

Artículo cuarenta. La Autoridad militar podrá hacer uso de las mismas facultades que se conceden a la civil en los capítulos anteriores, de las demás que esta Ley autoriza y de cuantas medidas entienda sean necesarias para restablecer el orden o requiera la seguridad interior del Estado.

Artículo cuarenta y uno. Las Autoridades civiles continuarán entendiendo en todos los asuntos de su competencia que no afecten al orden público, limitándose, en cuanto a éste, a las facultades que la militar les delegare y deje expeditas. En todo caso, aquellas Autoridades darán a la militar los informes que ésta les reclame y cuantas noticias atinentes al orden público lleguen a su conocimiento.

Artículo cuarenta y dos. El estado de guerra cesará cuando desaparezcan las causas que lo motivaron, pasándose al de excepción o a la situación de normalidad, según entienda el Gobierno, que al efecto dictará el correspondiente Decreto-ley, del que dará cuenta a las Cortes.

CAPÍTULO V - Del procedimiento.

Artículo cuarenta y tres. La declaración del estado de excepción llevará consigo la inmediata constitución de Tribunales de Urgencia, conforme a las siguientes normas: a) Los Presidentes de las Audiencias procederán a constituir Tribunales integrados por una o varias Secciones. En las Audiencias de Sección única ésta actuará como Tribunal de Urgencia, que conocerá preferentemente de las causas a que se refiere este capítulo. b) La instrucción de los sumarios se reservará al Juzgado o Juzgados que la Sala o Junta de Gobierno acuerde, y donde sólo hubiere uno, éste tramitará aquéllos con preferencia a los demás asuntos. c) El Fiscal de la Audiencia atenderá primordialmente a estos sumarios, ejerciendo la inspección por sí o por los funcionarios que le estén subordinados. En todo caso, los Jueces mantendrán rápida y constante comunicación con la Fiscalía. d) Al principio del año natural, los Colegios de Abogados designarán los Letrados que, en turno especial de oficio, habrán de actuar ante dichos Tribunales y los Juzgados de su

demarcación. Los Decanos notificarán al Presidente de la Audiencia la lista de tales Letrados y las altas y bajas que se produjeran en ellas. Los Tribunales podrán acordar que independientemente de los Letrados que designen las partes, se nombren otros de oficio para que los sustituyan si, por cualquier causa, dejaren de comparecer los elegidos. No será necesaria la representación por medio de Procurador en estos Tribunales. e) Los Juzgados y Tribunales de Urgencia se hallarán permanentemente constituidos para actuar cuando fuere necesario. Al efecto, se considerarán hábiles todos los días y horas.

Artículo cuarenta y cuatro. Uno. Los Tribunales de Urgencia entenderán privativamente de los hechos comprendidos en el artículo segundo de esta Ley que sean constitutivos de delito, siempre que no esté reservado su conocimiento a la jurisdicción militar. La competencia se extiende a los delitos o faltas conexos o incidentales. Las causas no dejarán de fallarse por estos Tribunales aunque sólo merezcan la consideración de faltas los hechos perseguidos. Dos. Podrán acordarse la formación de piezas separadas cuando el número de inculcados dificultase su rápida y eficaz tramitación.

Artículo cuarenta y cinco. Uno. No podrán promoverse cuestiones previas ni conflictos jurisdiccionales a estos Tribunales, los que, de suscitarse aquéllas, las rechazarán de plano, salvo si procedieran de la jurisdicción militar. Dos. Cuando el Juez entendiere que los hechos no son propios del procedimiento de urgencia, acordará, previo informe del Fiscal, la tramitación que corresponda. Si ambas Autoridades disintieren, dará cuenta el Juez, con remisión de testimonio bastante al Tribunal de Urgencia respectivo, para que decida lo que proceda. Contra la resolución de éste no cabrá recurso alguno.

Artículo cuarenta y seis. Uno. Las personas ofendidas por el delito podrán instruirse en cualquier momento y forma de los derechos que con arreglo a los artículos ciento nueve y ciento diez de la Ley de Enjuiciamiento Criminal les asistan, para mostrarse parte en la causa. Dos. Cuando concurren circunstancias especiales que lo aconsejen el Juez para evitar el retraso de los autos podrá hacer por edictos el ofrecimiento de acciones. Tres. El perjudicado, sin necesidad de formular querrela, podrá mostrarse parte hasta el momento de la celebración de la vista. Si compareciere en forma legal sin haber presentado calificación previa, se entenderá que provisionalmente se adhiere a la formulada por el Fiscal. Cuatro. En el procedimiento de urgencia no se permitirá el ejercicio de la acción pública.

Artículo cuarenta y siete. Uno. La Policía judicial deberá instruir el atestado correspondiente con la mayor celeridad, procurando recoger cuantos elementos importantes de prueba estén a su alcance. Dos. El Fiscal de la Audiencia podrá designar a uno de sus subordinados para que lleve la inspección y dirección de los atestados, disponiendo la práctica urgente de las diligencias que crea indispensables. Tres. Cuando el Fiscal considere esclarecido el hecho y aportados los datos necesarios para su calificación, propondrá la remisión de las actuaciones al Juzgado competente, con la petición de que, previa ratificación de las declaraciones del inculcado y aquellas otras diligencias que el Juzgado estime precisas para corroborar las

ya practicadas dicte auto de procesamiento por el delito cometido y se dé al sumario la tramitación que corresponda.

Artículo cuarenta y ocho. Los Jueces de Instrucción, mediante ininterrumpida, rápida y preferente actividad tramitarán los sumarios ajustándose a lo dispuesto en el título III, libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las modificaciones siguientes: a) Inmediatamente de recibidas las diligencias incoadas por la Policía, de admitida la querrela o la denuncia cuando proceda, o bien tan pronto como tengan conocimiento directo del hecho, recibirán declaración a los inculcados, haciendo constar, en su caso, las circunstancias que justifiquen la ratificación total o parcial o la negación de las confesiones que aparezcan como suyas en el atestado, adicionándolas con las demás circunstancias que interese acreditar. Simultáneamente, en el más breve plazo posible, evacuarán las citas testificales que estimen convenientes, aplazando para el acto del juicio oral aquellas pruebas de que pudiera prescindirse para calificar el hecho. b) La identificación del procesado, si fuera precisa, se verificará mediante acta, en la que se consignarán los particulares que interesen. Si no se pudiera aportar rápidamente el certificado de nacimiento, se suplirá éste por cualquier otro medio de prueba. c) Se reclamará con carácter urgente la hoja de antecedentes penales y, si no se recibiera antes de terminar el sumario, se prescindirá de ella, sin perjuicio de llevarla al juicio oral si llegase a tiempo de éste. d) Se obtendrán por los servicios de Policía, siempre que sea posible, tres fichas dactilográficas del inculcado, de las que una se incorporará a las diligencias y las otras dos se remitirán a los Gabinetes de identificación de las Direcciones Generales de Seguridad y Prisiones. e) El informe pericial podrá ser presentado por un solo Perito cuando el Juez lo considere suficiente; si el Fiscal estimare necesaria la intervención de un segundo Perito, se cumplirá lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los procedimientos ordinarios. f) Si no fuera posible la determinación de los daños sin demorar gravemente el curso del sumario, podrá prescindirse de tal diligencia, siempre que el Juez y el Fiscal estuvieren de acuerdo sobre ello, sin perjuicio de practicarla en el juicio oral cuando resulte indispensable para calificar los hechos. En todo caso, las dilaciones o demoras que pudieran derivarse de la completa tasación de los daños, se tramitarán en piezas separadas para los efectos de la responsabilidad civil y no impedirán el juicio oral ni la ejecución de la sentencia, dentro de cuyo período se podrán fijar aquéllos.

Artículo cuarenta y nueve. Uno. El Juez instructor dictará auto de procesamiento y prisión en cuanto aparezcan indicios de criminalidad contra determinada persona. La prisión será incondicional siempre que la pena señalada al delito sea de privación de libertad. Contra este auto no se dará recurso de reforma ni de apelación, pero de oficio el Instructor o el Tribunal de Urgencia podrán revocarlo en todo o en parte, si razones especiales lo aconsejaren. Dos. El referido ato se notificará directamente al Fiscal y al procesado, al que se recibirá indagatoria seguidamente, con apercibimiento que de no hacer designación de defensor, se le nombrará de oficio. El procesado, por sí o por medio de su Abogado, podrá proponer antes de la conclusión del sumario las diligencias que estime convenientes a su descargo, de las que el Juez practicará sólo las que considere útiles para el mejor

esclarecimiento de los hechos, evitando que se retrase la tramitación. Contra esta resolución del Instructor no se dará recurso alguno, si bien las diligencias denegadas podrán ser pedidas de nuevo para el acto del juicio oral.

Artículo cincuenta. Uno. El sumario se declarará concluso cuando el Ministerio Fiscal lo solicite, si hubiese intervenido en su tramitación, y, en otro caso, cuando el Juez lo acuerde. Dos. Dictado el auto de conclusión, se elevará seguidamente el sumario y las piezas de convicción al Tribunal de Urgencia, previo emplazamiento de las partes por término de tres días. Dicho Tribunal acordará su paso inmediato al Ministerio Fiscal por un plazo de setenta y dos horas, en el que podrá pedir: a) Si el sumario no hubiera sido inspeccionado por él, la revocación del auto de conclusión para la práctica de nuevas diligencias, y devolución al Instructor a tal fin, debiendo seguirse, una vez evacuadas los mismos trámites antes señalados. b) Pedir el sobreseimiento libre o provisional, total o parcial. c) Formular escrito de calificación provisional. Tres. Despachada la causa por el Fiscal se dará traslado de modo sucesivo a las acusaciones privadas, si las hubiere, por igual plazo que se fija en el apartado anterior. Cuatro. Formalizados los escritos de calificación, se dará traslado a la defensa por término de tres a seis días, según el volumen de los autos. También se acordará, de ser varios los defensores que sin exceder de dicho plazo máximo los traslados sean sucesivos. Cinco. El Tribunal, en el plazo improrrogable de tres días, examinará los escritos presentados y admitirá las pruebas que estime pertinentes, sin que contra esta resolución quepa recurso alguno. Seis. Señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes y ordenará, por el medio más rápido, que se libren los despachos necesarios para la citación de Peritos y testigos que hayan de comparecer en el acto de aquélla. Hasta el momento de la misma podrán incorporarse a los antecedentes sumariales los informes, certificaciones y documentos reclamados por la Sala, son citados por las partes o remitidos por el Instructor y por las demás Autoridades o funcionarios. Siete. El Tribunal dictará sentencia en el término de veinticuatro horas siguientes a la vista. Ocho. Los condenados no podrán disfrutar los beneficios de la condena condicional. Nueve. En todo lo demás se observarán los trámites señalados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo cincuenta y uno. Uno. Contra la sentencia dictada podrán las partes interponer los recursos de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma que autoriza y regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus respectivos casos. Dos. El recurso se preparará mediante escrito autorizado por el Abogado del recurrente, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Tres. En la resolución en que se tenga por preparado dicho recurso se emplazará a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo en el plazo improrrogable de diez días, cuando se refiere a decisiones dictadas por los Tribunales de la Península y veinte en los demás. Cuatro. Interpuesto el recurso, y sin esperar a que transcurra el término del emplazamiento, se designará el Magistrado ponente y se dispondrá que el Secretario forme la nota autorizada del recurso en el plazo de setenta y dos horas. Seguidamente se instruirán el Fiscal y las partes en el término que dentro del legal se señale, pudiendo impugnar la admisión del recurso o la de la adhesión. Cinco. La Sala resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas sobre

la admisión o inadmisión, y si acordase lo primero, se hará el señalamiento para la vista cuando proceda y en plazo que no podrá exceder de cinco días. Dentro de otro término igual, se dictará sentencia. Seis. En los recursos procedentes de la Audiencia de Madrid no será necesario el nombramiento de Abogado y Procurador, debiendo actuar, a falta de otra designación, lo que, en su caso, lo hubieran hecho en la instancia.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Quedan derogados la Ley de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y tres, el Decreto-ley de dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y siete, el Decreto de dieciocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y ocho y las demás disposiciones que se opongan a lo preceptuado en la presente, que empezará a regir el primero de septiembre próximo.

Segunda. Se autoriza al Ministerio de la Gobernación y, en su caso, al Gobierno, para dictar las normas reglamentarias que pueda exigir la ejecución de los preceptos de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Las sanciones gubernativas por hechos anteriores al primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, se ajustarán a la legislación hasta ahora vigente, sea cual fuere el momento de su aplicación.

Segunda. Seguirá entendiéndose la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden público, le están atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales, sin perjuicio de las inhibiciones que se acordaren en favor de la jurisdicción ordinaria y en tanto que el Gobierno revise y unifique las normas de competencia relativas concretamente a dichos delitos, autorizándosele especialmente para ello.

Dado en el Palacio de El Pardo a treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve. FRANCISCO FRANCO

5) Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía.

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo en sancionar:

CAPÍTULO PRIMERO - De los Cuerpos de Seguridad del Estado

Artículo primero. 1. Los Cuerpos de Seguridad del Estado están integrados por: Uno. La Policía, integrada por: a) El Cuerpo Superior de Policía. b) El Cuerpo de la Policía Nacional. Dos. La Guardia Civil. 2. La organización y funciones de los Cuerpos de Seguridad dependientes de las provincias y municipios se regirán por sus disposiciones especiales. Estas disposiciones establecerán las competencias de los Cuerpos mencionados y su coordinación y obligada colaboración con los de Seguridad del Estado bajo el principio de la primacía y superior dirección de éstos.

Artículo segundo. Uno. Los Cuerpos de Seguridad del Estado tendrán como misión defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Dos. En cumplimiento de las misiones generales a que se refiere el apartado anterior, los Cuerpos de Seguridad del Estado tendrán las siguientes funciones: a) Mantener y restablecer el orden público y la seguridad de los ciudadanos, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades. b) Evitar la comisión de hechos delictivos, y, de haberse cometido, investigarlos, descubrir y detener a los presuntos culpables y asegurar los efectos, instrumentos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente. c) Prestar auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, colaborar con las Instituciones y Organismos de asistencia pública y coadyuvar, a petición de las partes, al arreglo pacífico de disputas entre los sujetos privados.

Artículo tercero. Uno. El Ministro del Interior ostenta el mando superior de los Cuerpos de Seguridad del Estado. Dos. Bajo la inmediata autoridad del Ministro, este mando será ejercido directamente por el Director de la Seguridad del Estado, de quien dependerán las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, cuyas funciones coordinará; esta última, a los solos efectos de las misiones generales enumeradas en el artículo anterior y sin perjuicio de su dependencia respecto del Ministerio de Defensa. Tres. En cada provincia el Gobernador civil ejercerá el mando directo de los Cuerpos de Seguridad del Estado, con sujeción a las directrices de los órganos mencionados en los apartados anteriores y a los efectos del ejercicio de sus funciones privativas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo diez de la presente Ley, y de la dependencia de los miembros del Cuerpo Superior de Policía y de la Guardia Civil, de los Jueces y Tribunales en sus funciones de policía judicial.

Artículo cuarto. Uno. La distribución de funciones entre los Cuerpos integrantes de la Seguridad del Estado se ajustará a las siguientes reglas: a) Territorialmente, la Policía ejercerá las funciones previstas en el artículo segundo en las capitales de provincia y en los terminos municipales cuya población de derecho exceda de la cifra de habitantes que el Gobierno determine, y la Guardia Civil en los que no superen dicha cifra. La Policía y la

Guardia Civil podrán ejercer dichas funciones con carácter excepcional fuera de las demarcaciones indicadas cuando concurren circunstancias especiales y así se disponga por la autoridad gubernativa. b) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros del Cuerpo Superior de Policía pueden ejercer las funciones previstas en el apartado dos, letra b), del artículo segundo, en todo el territorio nacional. c) La Policía tendrá en todo el territorio nacional las siguientes competencias: – La expedición del D.N.I. y de los Pasaportes. – El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros. – Las previstas en la legislación sobre extranjeros. d) El Cuerpo de la Guardia Civil tendrá, asimismo, en todo el territorio nacional, las siguientes competencias: – Las previstas en la normativa sobre armas y explosivos. – La custodia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras. – La custodia de las vías de comunicación interurbanas y los tramos urbanos de carreteras generales y la ejecución de las normas de regulación de tráfico. – Las correspondientes a las funciones de Resguardo Fiscal del Estado, y las encaminadas a evitar, impedir y perseguir el fraude y el contrabando. – La vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios, así como de los edificios públicos que la requieran, salvo los de carácter militar. – Las de protección civil y de colaboración entre las autoridades civiles y militares previstas en la legislación de orden público. Dos. Los Cuerpos de Seguridad del Estado están obligados a la cooperación recíproca en el ejercicio de sus respectivas funciones. Tres. Las dependencias de la Policía y de la Guardia Civil actuarán recíprocamente como oficinas para la recepción y tramitación de los documentos dirigidos a las autoridades de los otros Cuerpos. Cuatro. Los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideran en servicio permanente; sus miembros tendrán la obligación de intervenir en todos los hechos y circunstancias que lo reclamen, aunque sea fuera de sus respectivas demarcaciones territoriales, hasta tanto el Cuerpo competente se haga cargo del asunto. Los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado ejercerán sus funciones de acuerdo con sus respectivos reglamentos, que determinarán los derechos y deberes de los funcionarios en orden a las formas, especialidades, tiempos y lugares de actuación con arreglo a un principio de adecuación de los medios a emplear en cada caso. Cinco. La pertenencia a los Cuerpos de Seguridad del Estado es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra función, salvo la administración del propio patrimonio, y se ejercerá en régimen de dedicación exclusiva, en los términos que reglamentariamente se establezca.

Artículo quinto. Uno. La Jurisdicción Ordinaria será siempre competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros del Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional, excepto que por razón del lugar o de la persona responsable sea competente otra Jurisdicción. La Guardia Civil tendrá fuero militar, salvo en lo que refiere a los delitos que se cometan contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley, de cuyo conocimiento será competente la Jurisdicción Ordinaria. Dos. Cuando se cometa delito de atentado, empleándose en su ejecución armas de fuego o explosivos, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado tendrán a efectos de su protección penal la consideración que determina el párrafo primero del artículo ciento diecinueve del Código Penal y, en su caso, estarán comprendidos en el párrafo segundo del artículo doscientos treinta y tres del mismo Código. En los demás supuestos tendrán la consideración de Agentes

de la Autoridad. Tres. Los delitos cometidos por los miembros de los Cuerpos Superior de Policía y de la Policía Nacional, en el ejercicio de sus funciones, y por los miembros de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones que esta Ley les encomienda, serán enjuiciados por la Jurisdicción Ordinaria, salvo que por razón del delito o del lugar sea competente otra Jurisdicción. En todo caso, el conocimiento de aquellos delitos corresponderán a las Audiencias Provinciales, que en los supuestos del artículo setecientos setenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal seguirán el procedimiento regulado en el capítulo III, título III, libro IV, de la propia Ley. El procesamiento será siempre acordado por la Audiencia Provincial, a quien el Juez de Instrucción remitirá las actuaciones, si hubiere mérito para ello. Cuando el hecho fuere constitutivo de falta, los Jueces de Instrucción serán competentes para instruir y fallar, con arreglo a las normas del libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disposiciones concordantes. La apelación se hará ante la Audiencia Provincial respectiva. Cuatro. En lo que no se oponga a lo dispuesto en los apartados anteriores, serán de aplicación las normas de competencia prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código de Justicia Militar. Cinco. La iniciación de un procedimiento penal contra los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos, con la adopción de medidas preventivas o cautelares mientras dure el procedimiento. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme.

CAPÍTULO SEGUNDO - De la Policía

Sección primera. Estructura orgánica

Artículo sexto. La estructura y competencias generales de los órganos dependientes del Director de la Seguridad del Estado y de la Dirección General de la Policía serán las que se establezcan en las normas orgánicas del Ministerio del Interior.

Artículo séptimo. Uno. Los órganos desconcentrados de la Policía serán las Jefaturas Superiores, las Comisarías Provinciales y las Comisarías Locales y de Distrito. Estas últimas existirán exclusivamente en las ciudades cuyas características lo exijan. Dos. Los órganos mencionados en el apartado primero del presente artículo serán únicos para todos los Cuerpos que integran la Policía. La Policía Nacional adaptará sus circunscripciones al ámbito de aquéllos.

Artículo octavo. Uno. Las unidades operativas de los Cuerpos y Fuerzas integrantes de la Policía se determinarán reglamentariamente. Dos. En las Comisarías de Distrito a que se refiere el apartado primero del artículo séptimo, existirán, en todo caso, unidades de Policía de barrio para la atención directa y permanente a la seguridad de los vecinos. En especial, estas unidades desempeñarán las funciones a que se refiere el apartado c) del artículo trece de la presente Ley.

Sección segunda. Del Cuerpo Superior de Policía

Artículo noveno. Dentro del marco de funciones generales establecidas en el artículo segundo de la presente Ley, corresponderá al Cuerpo Superior de Policía la dirección y coordinación de los servicios policiales y, especialmente:

- a) En el ámbito de la información, la captación, recepción y análisis de cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública; el estudio, planificación y ejecución de los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia y demás comportamientos antisociales, todo ello dentro de los límites fijados por las normas vigentes y el debido respeto a los derechos de los ciudadanos.
- b) En el ámbito de la investigación, y en sus funciones de policía judicial, realizar las operaciones precisas en orden a la información y prevención de los delitos y demás infracciones legales; y, de haberse cometido, investigarlos y practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir y aprehender a los presuntos culpables y asegurar los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Y, asimismo, elaborar informes técnicos y, en su caso, periciales, en materia de investigación criminal, por propia iniciativa o a requerimiento de las autoridades competentes.
- c) En el ámbito de la documentación, realizar a expedición de los documentos de identificación de los ciudadanos españoles; controlar la entrada, permanencia y salida del territorio nacional de los extranjeros.
- d) Colaborar y prestar auxilio a las policías de otros países, conforme a lo establecido en tratados o acuerdos internacionales.

Artículo diez. Uno. Sin perjuicio de la labor de auxilio a los Jueces y Tribunales que, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, compete a todos los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado, se crearán unidades específicas de policía judicial. Dos. Las unidades a que se refiere el apartado anterior dependerán funcionalmente de los órganos judiciales competentes.

Artículo once. El régimen funcional de los miembros del Cuerpo Superior de Policía será el que determine el reglamento del Cuerpo, cuyo contenido se ajustará a la legislación de funcionarios civiles del Estado. En su redacción se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a) La adquisición de la condición de funcionario del Cuerpo Superior de Policía se operará en virtud de la superación del correspondiente ciclo de estudios en la Escuela Superior de Policía. Para el ingreso en la Escuela se requerirá en todo caso estar en posesión del título o nivel académico que habilite para el acceso a la Universidad y superar las correspondientes pruebas.
- b) También tendrán acceso al Cuerpo, previa la superación de las pruebas y ciclos lectivos a que se refiere el párrafo anterior, durante cuya celebración continuarán en situación de servicio activo, considerándose como tal la asistencia a aquéllos, los miembros del Cuerpo Administrativo de Seguridad y de la Policía Nacional que ostenten la titulación o nivel académico a que se refiere el apartado anterior. Reglamentariamente se determinarán los requisitos exigibles para el ejercicio de este derecho. El porcentaje de vacantes a cubrir por esta vía de acceso no podrá exceder en ningún caso del veinticinco por ciento.
- c) Dentro del Cuerpo Superior de Policía se crea el Diploma de Facultativo, cuya obtención se realizará mediante la superación de pruebas o cursos que reglamentariamente se establezcan, y que habilitará a sus titulares para tener acceso a determinados puestos de la organización policial, con independencia de que puedan ocupar las plazas que correspondan a los restantes funcionarios no

diplomados del Cuerpo. Para la obtención del Diploma de Facultativo será requisito previo estar en posesión del título universitario de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto, según se determine en cada caso. d) La jubilación forzosa se producirá en todo caso al cumplir el funcionario sesenta y dos años de edad.

Sección tercera. Del Cuerpo de Policía Nacional

Artículo doce. Uno. La Policía Nacional constituye un cuerpo de estructura y organización militar, no integrada en las Fuerzas Armadas, y que depende del Ministerio del Interior. Dos. La Policía Nacional se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en los Reglamentos que la desarrollen y, como derecho supletorio a los efectos de su organización y estructura interna, por el ordenamiento militar aplicable al Ejército de Tierra, incluso en lo que se refiere al sometimiento de sus miembros salvo lo dispuesto en el artículo quinto de esta Ley, a lo establecido en el Código de Justicia Militar y a la protección que dicho Código señala para establecimientos y efectos militares. Mediante Ley se establecerá un especial sistema procesal de aplicación del citado Código, adecuado a la dependencia orgánica de la Policía Nacional del Ministerio del Interior.

Artículo trece. Dentro del marco de funciones generales señaladas en el artículo segundo de la presente Ley, corresponderá especialmente al Cuerpo de Policía Nacional: a) Auxiliar y colaborar con el Cuerpo Superior de Policía en las funciones propias de éste. b) Prevenir, asegurar y restablecer el orden público. c) Velar por la seguridad de las personas y los bienes. d) Prestar auxilio en los casos de conflicto, accidente, calamidad pública o desgracias particulares. e) Proteger los edificios y dependencias de la Policía.

Artículo catorce. Uno. El régimen funcional de los miembros del Cuerpo de Policía Nacional será el que determine el Reglamento del mismo. Dos. Se crea la Academia Especial de la Policía Nacional en la que se efectuarán los cursos de formación de Oficiales del Cuerpo. Tres. Los empleos comprendidos en las categorías de Oficiales o Jefes de la Policía Nacional serán cubiertos mediante la superación de los cursos o pruebas de aptitud que en cada caso se establezcan, que se realizarán en la Academia Especial de la Policía Nacional. También podrán ser cubiertos dichos empleos por Oficiales y Jefes de las escalas activas de las Fuerzas Armadas, mediante la selección que efectúe a tal efecto el Ministerio del Interior, y la realización de los oportunos cursos de especialización para el mando peculiar de este Cuerpo. Los Oficiales y Jefes de las Fuerzas Armadas que pasen a integrarse en la Policía Nacional se incorporarán definitivamente a la misma en la forma que reglamentariamente se determine.

CAPÍTULO III - De los Cuerpos Administrativo y Auxiliar de Seguridad

Artículo quince. Los Cuerpos Administrativo y Auxiliar de Seguridad son Cuerpos especiales de la Administración Civil del Estado dependientes del Ministerio del Interior. Dos. Sus miembros desempeñarán las tareas burocráticas de trámite y colaboración que exija el desarrollo propio de la

función policial. Dichas tareas serán encomendadas con exclusividad a los pertenecientes a dichos Cuerpos, no pudiendo ser ejercidas en lo sucesivo por los componentes del Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional. Asimismo en casos excepcionales y previa orden expresa del Director general de la Policía, los funcionarios de estos Cuerpos podrán ser utilizados en servicios auxiliares de carácter policial.

Artículo dieciséis. Los Reglamentos de los Cuerpos Administrativo y Auxiliar de Seguridad establecerán el régimen funcional de los componentes de los mismos, con sujeción a los principios que inspiran su función y a las normas de la legislación general de funcionarios civiles del Estado y sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo diecisiete. Uno. El ingreso en el Cuerpo Administrativo y Auxiliar de Seguridad se efectuará mediante oposición libre entre quienes ostenten la titulación de Bachiller Superior o equivalente. No obstante, se reservará un ochenta por ciento de las vacantes para su provisión en turno restringido por funcionarios del Cuerpo Auxiliar de Seguridad que posean la titulación correspondiente y cinco años de servicio, al menos, en el mismo, o que, sin poseer esa titulación, tengan reconocidos diez años de servicios efectivos en el Cuerpo. Las vacantes no cubiertas en turno restringido se acumularán a las de convocatoria libre. Dos. Para el ingreso en el Cuerpo Auxiliar serán exigibles los mismos requisitos que para el acceso al Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil del Estado. Esto, no obstante, podrán establecerse pruebas selectivas o de formación adecuadas a las funciones del Cuerpo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Lo dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas, en la forma que establezcan los respectivos Estatutos, en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica de acuerdo con la Constitución.

Segunda. Uno. El Gobierno creará y organizará en los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Nacional una situación de segunda actividad a la que pasarán, a las edades que se determinen, todos los miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Dos. Los Oficiales y Jefes de ambos Cuerpos que se encuentren en dicha situación podrán tener acceso a funciones administrativas, en sus respectivos Cuerpos, en la forma y en el número de plazas que reglamentariamente se determinen. Tres. Para los Suboficiales y Clase de Tropa en situación de segunda actividad se establecerá, con los mismos criterios, el acceso a funciones auxiliares o subalternas. Cuatro. Igualmente podrán acceder a dicha situación y, en su caso, a funciones administrativas, auxiliares o subalternas, según los supuestos, los miembros de los Cuerpos disminuidos físicamente para el servicio que, previo fallo del Tribunal médico, sean considerados aptos para dichas funciones. Si la disminución de sus condiciones físicas hubiese sido consecuencia del servicio tendrán derecho preferente, salvo que ingresen, en su caso, en el Cuerpo de Mutilados. Cinco. Las edades que en su día se fijen para pasar a la situación de segunda actividad y para el retiro serán comunes a ambos Cuerpos, en cada empleo,

estableciéndose en régimen análogo al Ejército de Tierra y adaptando a las situaciones actuales de los escalafones de aplicación de esta norma, de forma que no se perjudique la carrera profesional de sus actuales miembros. Seis. Desarrollado por el Gobierno lo que establece esta disposición adicional, las funciones de carácter administrativo, auxiliar o subalterno que sean necesarias en los Cuerpos de Guardia Civil y Policía Nacional no podrán ser ejercidas, en ningún caso, por quienes se encuentren en situación de servicio activo.

Tercera. Se autoriza al Gobierno para: a) Modificar por una sola vez, y durante el año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, las plantillas presupuestarias de los Cuerpos Generales de la Policía, Especial Administrativo y Auxiliar de Oficinas y efectuar las transferencias de dotaciones de unas a otras que requiera la mejor distribución de efectivos, sin que en ningún caso pueda producirse incremento del gasto público, y afectando exclusivamente a plazas vacantes. b) Modificar la estructura interna y la distribución de categorías y empleos de la Policía Armada, a efectos de la constitución de la Policía Nacional. Las vacantes del nuevo Cuerpo se cubrirán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo catorce, y, en su caso, en la disposición transitoria quinta.

Cuarta. Por el Gobierno se dictaran las normas oportunas para el establecimiento de un régimen de acción social para los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado y para la equiparación de su régimen de seguridad social y el de sus familiares al de los funcionarios del Estado.

Quinta. Las funciones o competencias no reguladas en la presente Ley y que están establecidas en leyes y reglamentos vigentes en favor de los actuales Cuerpos de Seguridad del Estado, serán ejercidas en lo sucesivo por el Cuerpo al que corresponda en razón exclusiva de su ámbito territorial de actuación.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Los miembros de los Cuerpos General de la Policía, Especial Administrativo y Auxiliar de Oficinas de la Dirección General de Seguridad y los de las Fuerzas de la Policía Armada se integraran, sea cual fuere su situación administrativa en los nuevos Cuerpos Superior de Policía, Administrativo y Auxiliar de Seguridad y de la Policía Nacional, respectivamente, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional tercera, letra b), y las normas que se dicten para su desarrollo.

Segunda. Los funcionarios del Cuerpo General de Policía que, a la entrada en vigor de la presente Ley, se encontrasen disfrutando de la prórroga prevista en el artículo ciento treinta y cinco del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, continuarán en ella hasta su finalización, sin que puedan concederse otras nuevas. En el supuesto previsto por el artículo veintisiete, apartado seis, del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, se les aplicará lo que en el mismo se dispone, aunque su permanencia en servicio activo se entenderá a sus solos efectos.

Tercera. Los funcionarios del Cuerpo General de Policía que en el día 1 de enero de 1979 hubiesen cumplido sesenta años de edad podrán acogerse al beneficio de la jubilación voluntaria, con iguales derechos económicos que los derivados de la jubilación forzosa, y perfeccionando su régimen de derechos económicos en igual forma que aquellos funcionarios que no se acojan a dicha jubilación.

Cuarta. Las disposiciones que se dicten en desarrollo de lo establecido en el artículo once, letra b), establecerán un régimen especial de dispensa de titulación y de edad para los funcionarios de los Cuerpos Especial Administrativo y Auxiliar de Oficinas de la Dirección General de Seguridad que hayan desempeñado servicios en los grupos especiales y de orientación de toxicómanos con anterioridad al uno de enero de mil novecientos setenta y ocho.

Quinta. Mientras no pueda darse total cumplimiento a lo establecido en el artículo catorce de la presente Ley, los empleos comprendidos en las categorías de Oficiales y Jefes de la Policía Nacional podrán ser cubiertos por Oficiales y Jefes de las escalas activas de las Fuerzas Armadas, que se incorporarán de forma temporal, con un compromiso mínimo de permanencia y mediante la selección que efectúe a tal efecto el Ministerio del Interior, sin que en ningún caso esta incorporación suponga perjuicio en su carrera militar.

Sexta. El Ministro del Interior, en los casos en que concurran situaciones especiales creadas con anterioridad a uno de julio de mil novecientos setenta y ocho, podrá conceder dispensas individuales a lo que dispone el número cinco del artículo cuarto de esta Ley, las cuales, en todo caso, cesarán definitivamente el uno de enero de mil novecientos ochenta.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Desde la entrada en vigor de la presente Ley quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo que en la misma se establece, y específicamente las siguientes: Las Leyes de veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, veintiuno de julio de mil novecientos setenta y tres y trece de febrero de mil novecientos setenta y cuatro; los Decretos de veintiuno de enero de mil novecientos treinta y seis y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, referentes a Somatenes. Tanto la Ley de dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en su parte vigente, como la de dos de diciembre de mil novecientos setenta quedan derogadas en lo que se opongan a la presente Ley, y lo serán en su totalidad en el momento de la aprobación de las normas reglamentarias que desarrollen esta Ley.

Segunda. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y ocho.
JUAN CARLOS El Presidente de las Cortes, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL.

6) RESOLUCIÓN 169/34, de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Código de conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley.

Artículo 1.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario:

a) La expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” incluyen a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad de Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

c) En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

d) Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos de depredación y nocivos, sino, también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal.

Artículo 2.

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Comentario:

a) Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el *RESOLUCIÓN 169/34, de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.* 2 Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito

de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

b) En los comentarios de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos.

Artículo 3.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrá usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Comentario:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; sí bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesaria, según las circunstancias, para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda de esos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza proporcionado al objetivo legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

7) Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Declaración sobre la Policía (Anexo).

Declaración sobre la Policía

A) Ética.

12. En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de Policía debe actuar con toda la determinación necesaria, sin jamás recurrir a la fuerza más que lo razonable para cumplir la misión exigida o autorizada por la ley;

13. Es necesario dar a los funcionarios de Policía instrucciones claras y precisas sobre la manera y las circunstancias en las cuales deben hacer uso de sus armas;

8) Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

La lucha mantenida por la sociedad y los poderes públicos en su afán de conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales, exige en el momento presente una adecuada respuesta al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que, por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho. Las presentes normas llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de actos terroristas, refundiendo y actualizando otras anteriores. Junto a ello, se prevé una agilización procesal en el enjuiciamiento de este tipo de delitos, mediante la generalización del procedimiento de urgencia ya previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como evitando al máximo las posibles dilaciones en el proceso. Se articulan medidas cautelares para el eficaz control y aseguramiento de los delincuentes habituales, así como para la prevención de determinados tipos de delito. Todas las disposiciones cuentan con precedentes, y lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes o renovar algunos obstáculos que se han hecho patentes en los últimos tiempos, como en el caso de las relativas a la seguridad de determinados establecimientos comerciales. Con todo ello se evita la posible indefensión de la sociedad frente a la delincuencia hasta la adopción, en desarrollo de la Constitución, de los nuevos textos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su virtud, previo acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión del día veintiséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, en uso de la facultad prevista en el artículo ochenta y seis de la Constitución, DISPONGO:

Artículo primero. La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de las conductas y actividades de las personas a que se refiere el número primero del artículo tercero del presente Real Decreto-ley será castigada con la pena de prisión menor.

Artículo segundo. El que recabe o facilite de cualquier modo informaciones o realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de los delitos previstos en el número uno del artículo tercero de este Real Decreto-ley será castigado con la pena de prisión menor, salvo cuando correspondiere la imposición de pena más grave por aplicación de cualquier otra norma penal.

Artículo tercero. Las normas de procedimiento establecidas en el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal serán de aplicación, en todo caso, al enjuiciamiento de los siguientes delitos: Uno. Todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos. Dos. Los previstos en los artículos primero y segundo del presente Real Decreto-ley. Tres. Los comprendidos en el artículo quinientos del Código Penal. Cuatro. Los comprendidos en el artículo quinientos dieciséis bis del Código Penal. Cinco. Los comprendidos en los dos últimos párrafos del artículo cuatrocientos noventa y seis y en el cuatrocientos noventa y seis bis del Código Penal. Seis. Los previstos en el artículo cuatrocientos ochenta y uno

bis del Código Penal. En todos estos casos, el plazo para instrucción y calificación será común para todas las partes acusadoras, así como el de calificación para las partes acusadas.

Artículo cuarto. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Real Decreto-ley uno/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, corresponderá a los Juzgados Centrales y a la Audiencia Nacional la competencia para el conocimiento, instrucción y fallo, en sus respectivos casos, de las causas seguidas por los delitos previstos en los números uno, dos y seis del artículo anterior.

Artículo quinto. Los Jueces de Instrucción o Centrales a cuya disposición fuere puesta una persona detenida como presunto autor, cómplice o encubridor de cualquier delito, recabarán inmediatamente por vía telegráfica del Registro Central de Penados y Rebeldes información de antecedentes penales de la misma y de si se halla declarada rebelde por algún Juzgado o Tribunal. El Juez de Instrucción o Central, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, podrá decretar la prisión provisional incondicional, aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de presidio o prisión mayores.

Artículo sexto. Contra los autos y providencias que dicten los Jueces de Instrucción o Centrales en las causas seguidas por los delitos comprendidos en el presente Real Decreto-ley no procederá recurso alguno, salvo el de apelación directamente y en un sólo efecto, en los casos específicamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y contra las resoluciones que acordaran la libertad condicional, que deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas. No se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal y se trate de los delitos previstos en el número uno del artículo tercero.

Artículo séptimo. Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número uno del artículo tercero de este Real Decreto-ley. El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización.

Artículo octavo. Todas las personas naturales o jurídicas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase estarán obligadas a facilitar a los servicios de seguridad ciudadana los datos de identificación de los contratantes y del local, en los casos y en la forma que determine el Ministerio del Interior. El incumplimiento de dicha obligación será considerado como actos que alteran la seguridad pública y, en consecuencia, podrá ser sancionado en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca.

Artículo noveno. Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca o con el cierre del establecimiento.

Artículo décimo. Las Fuerzas de Seguridad que tienen atribuida la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios podrán acceder al interior e intervenir con los medios adecuados hasta el restablecimiento de la normalidad, cuando se produzcan desórdenes graves; sin perjuicio de las tareas de vigilancia, custodia interior y mantenimiento del orden de establecimientos penitenciarios o departamentos especiales de los mismos que, por razones de seguridad pública, sean atribuidas a las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Artículo undécimo. Los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito sólo vendrán obligados a pagar en efectivo los talones o cheques a su cargo hasta el límite de quinientas mil pesetas. Las cantidades que excedan de dicho límite podrán ser pagadas mediante talón, cheque bancario, abono en cuenta corriente u otra modalidad que no suponga movilización inmediata de efectivo, a elección del tenedor. Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación al Banco de España. Los pagos efectuados por cualquiera de las modalidades previstas en este artículo pondrán directamente a cargo de la Entidad de Crédito librada la obligación dineraria de que se trate, sin perjuicio, en ningún caso, de lo dispuesto en el artículo mil ciento setenta del Código Civil.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA Las causas que se hallaren en trámite a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley se ajustarán a las normas de tramitación que les sean aplicables conforme al mismo desde el comienzo de dicha vigencia.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA Queda derogado en su integridad el Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y cinco, de veintiséis de agosto.

DISPOSICIÓN FINAL Este Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a veintiséis de enero de mil novecientos setenta y nueve.
JUAN CARLOS El Presidente del Gobierno, ADOLFO SUÁREZ GONZÁLEZ

9) Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone La publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Establecidos, mediante acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

Este Ministerio ha dispuesto la publicación del citado Acuerdo cuyo texto se transcribe a continuación:

Acuerdo sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los principios de justicia, libertad y seguridad, proclamados por la Constitución Española tienen en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado uno de los pilares básicos, al encomendarse a éstos, en la primera norma legal, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de seguridad ciudadana.

El Consejo de Europa, en su Resolución 690, relativa a la "Declaración sobre la Policía", ha fijado con carácter general estos principios, por lo que se hace necesario un acuerdo que, respetando los cometidos que por su naturaleza militar tiene la Guardia Civil y reconociendo el principio de reserva de ley proclamado en la Constitución, cubra el vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico con carácter provisional hasta que se dicte la norma legal de rango adecuado que, una vez aprobada por el Gobierno, será sometida al Congreso, según lo previsto en el artículo 88 de la Constitución y constituyan fuente de inspiración de la política de promoción legislativa y de desarrollo de las competencias que en materia de seguridad ciudadana han de corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En consecuencia, a propuesta del Ministro del Interior, el Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de septiembre de 1981

ACUERDA,

Establecer como principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

Primero.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán obligados a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano.

Segundo.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar el orden y la seguridad ciudadana, de acuerdo con el mandato constitucional y demás normas legales y reglamentarias.

Tercero.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no estarán obligados al cumplimiento de órdenes reglamentariamente dictadas que entrañen la ejecución de actos que aquéllos sepan o deban saber que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Cuarto.- Los miembros de aquellas Fuerzas y Cuerpos evitarán la comisión de hechos delictivos. De haberse cometido éstos les corresponde investigarlos, descubrir y detener a los culpables y recoger y asegurar los efectos, instrumentos y pruebas del delito, actuando en tal misión con sujeción a los órganos judiciales.

Quinto.- Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta imparcialidad, integridad y dignidad.

Sexta.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán sujetos en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación.

Séptimo.- Velarán por el cumplimiento de las Leyes y reglamentos, teniendo el deber de oponerse a cualquier acto que entrañe la violación de los mismos, actuando para impedirlo, cualquiera que fuere su autor y circunstancias.

Octavo.- Asumen especialmente el deber de impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria.

Noveno.- Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen el deber de velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren, o que se encontraren bajo su custodia, dejando siempre a salvo el honor y la dignidad de las mismas.

A estos efectos requerirán en caso necesario la presencia de facultativo o Letrado que atienda o asista al detenido.

Décimo.- En el ejercicio de su actuación profesional, los componentes de aquellas Fuerzas y Cuerpos, actuarán siempre con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran adecuados y proporcionados al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, no hacer uso de la fuerza más allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido y evitar el daño a las personas o las cosas.

Once.- Los miembros de aquellas Fuerzas y Cuerpos observarán siempre un trato correcto y esmerado en sus relaciones con todas las personas a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello.

Doce.- Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán obligados a una colaboración y cooperación recíprocas, debiendo guiarse su actuación, en todo momento, y aun, cuando se tratare del ejercicio

de sus derechos, por el respeto al honor y prestigio de estas Fuerzas y Cuerpos y de sus compañeros, así como la salvaguardia de la seguridad física de todos sus miembros.

Trece.- Los componentes de dichas Fuerzas y Cuérposllevarán a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley o el orden.

Catorce.- La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado determina la incompatibilidad de sus miembros para dedicarse a cualquier otra profesión o actividad, en cuanto ello pueda impedir o menoscabar su imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones.

Quince.- Los miembros de las Fuerzas y CueJos de Seguridad del Estado tendrán el deber de reserva y secreto profesional respecto a los hechos que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones y no estarán obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboraren con ellos, salvo cuando la actuación de éstas hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles.

Dieciséis.- Todos y cada uno de los componentes de las referidas Fuerzas y Cuerpos serán responsables personal y directamente, en la medida que corresponda, por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando, de alguna manera, las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios que ahora se enuncian.

Diecisiete.- La responsabilidad penal en que pudieran haber incurrido los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con motivo u ocasión de su actuación policial, será lexigida por los órganos de la jurisdicción ordinaria, dejando a salvo que, por razón de la persona, del delito o del lugar, sea competente otra jurisdicción y sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, les correspondiera en el plano administrativo, por incumplimiento de sus deberes reglamentarios.

Dieciocho.- Como garantfa del cumplimiento de su misión al servicio de la comunidad, los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actuarán en el ejercicio de sus misiones con absoluta neutralidad política.

Diecinueve.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recibirán permanentemente una formación y preparación profesional que garantice el mejor cumplimiento de sus deberes fundamentales, así como una enseñanza apropiada en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Veinte.- Se reconoce a estos miembros el derecho a ocupar puestos de servicio conforme a sus méritos, capacidad, antigüedad, a tenor de lo dispuesto en la correspondiente legislación y reglamentación.

Veintuno.- Los componentes de las citadas Fuerzas y Cuerpos gozarán del derecho a la inamovilidad de residencia, salvo circunstancias determinadas,

debidamente ponderadas, en función de las necesidades del servicio y las propias de la naturaleza de algunos de aquéllos.

Veintidós.- Los poderes públicos proveerán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las repetidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Veintitrés.- Los componentes de las citadas Fuerzas y Cuerpos tendrán derecho a una remuneración justa, en función de su especial estructura organizativa, que contemple la dedicación permanente y la incompatibilidad de sus funciones, así como la penosidad y el riesgo que comporta su misión.

Veinticuatro.- Los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía tendrán derecho a constituir, dentro de su propio Cuerpo, organizaciones profesionales, afiliarse y participar activamente en ellas, no pudiendo hacerlo ni federarse con organizaciones sindicales ajenas a la Corporación. Los miembros de la Guardia Civil y de la Policía Nacional, por la naturaleza o disciplina militar de estos Cuerpos quedarán sujetos respecto al ejercicio de este derecho, a lo que la Ley Orgánica sobre funciones, principios básicos de actuación y Estatutos, disponga al efecto.

Veinticinco.- Los miembros de las citadas Fuerzas y Cuerpos estarán, en cuanto al ejercicio de los demás derechos sindicales, a lo dispuesto en la Ley que lo regule. En todo caso, en atención a la esencialidad de los servicios que prestan a la comunidad, se asegurará el mantenimiento de los mismos a tenor de lo establecido en la Constitución.

Veintiséis.- El ejercicio de los derechos enunciados no podrán suponer perjuicio, menoscabo ni discriminación alguna de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su carrera profesional.

Veintisiete.- En el ejercicio de su actividad profesional, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán en todo momento el respaldo de la Administración que, en reconocimiento de su delicada función, les dispensará su tutela y asistencia efectiva, facilitándoles defensa gratuita por las actuaciones judiciales que se dirijan contra los mismos, con ocasión o por consecuencia de aquella actividad.

Veintiocho.- Asimismo, dichos miembros estarán obligados a desempeñar su cometido con total acatamiento y obediencia a los principios aquí enunciados, a dispensar exquisito trato a todas las personas, medio imprescindible para obtener la colaboración y respeto de la sociedad a la que protegen a cuyo apoyo y cooperación tienen derecho. La Administración facilitará los medios necesarios para lograr una plena inserción de aquéllos en la sociedad, procurando y favoreciendo su identificación con los ciudadanos.

Madrid, 30 de septiembre de 1981.

10) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Contiene, entre otras, las modificaciones introducidas [en **disposición adicional 7ª**] por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible (BOE núm. 55/2011 de 12 de marzo)

Nota: por su interés para el objeto de este trabajo, se reproduce completa.

PREAMBULO

I

Respondiendo fundamentalmente al mandato del artículo 104 de la Constitución según la cual una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la presente Ley tiene, efectivamente, en su mayor parte carácter de Ley Orgánica y pretende ser omnicomprendiva, acogiendo la problemática de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales:

A. El carácter de Ley Orgánica viene exigido por el artículo 104 de la Constitución para las funciones, principios básicos de actuación y estatutos genéricamente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; por el artículo 149.1.29, para determinar el marco en el que los Estatutos de Autonomía pueden establecer la forma de concretar la posibilidad de creación de policías de las respectivas comunidades y por el artículo 148.1.22.

Para fijar los términos dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en cuanto a *la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales.*

Respecto a la policía judicial, el carácter de Ley Orgánica se deduce del contenido del artículo 126 de la Constitución, ya que, al regular las relaciones entre la policía y el Poder Judicial, determina, indirecta y parcialmente, los Estatutos de ambos y, al concretar las funciones de la policía judicial, incide en materias propias de la Ley de enjuiciamiento criminal y concretamente en lo relativo a la *averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente*, que constituyen zonas de delimitación de derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, otros aspectos del proyecto de Ley especialmente los relativos al proceso de integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional en el Cuerpo Nacional de Policía no tienen el carácter de Ley Orgánica, lo que impone la determinación, a través de una disposición final, de los preceptos que tienen carácter de Ley Orgánica.

B. El objetivo principal de la Ley se centra en el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su conjunto, tanto de las dependientes del Gobierno de la Nación como de las Policías Autónomas y Locales, estableciendo los principios básicos de

actuación comunes a todos ellos y fijando sus criterios estatutarios fundamentales.

A ello parece apuntar la propia Constitución cuando en el artículo 104.2 se remite a una Ley Orgánica para determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en contraposición a la matización efectuada en el número 1 del mismo artículo, que se refiere exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la Nación.

La seguridad pública constituye una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones, con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignore el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición.

Hay que tener en cuenta a este respecto la ocupación por parte de la seguridad pública de un terreno de encuentro de las esferas de competencia de todas las Administraciones Públicas aunque el artículo 149.1 de la Constitución la enumere en su apartado 29, entre las materias sobre las cuales el estado tiene competencia exclusiva y las matizaciones y acondicionamientos con que la configura el Texto Constitucional, lo que hace de ella una de las materias compartibles por todos los Poderes Públicos, si bien con estatutos y papeles bien diferenciados.

Es la naturaleza fundamental y el carácter peculiarmente compartible de la materia lo que determina su tratamiento global en un texto conjunto, a través del cual se obtenga una panorámica general y clarificadora de todo su ámbito, en vez de parcelarla en textos múltiples de difícil o imposible coordinación.

La existencia de varios colectivos policiales que actúan en un mismo territorio con funciones similares y, al menos parcialmente, comunes, obliga necesariamente a dotarlos de principios básicos de actuación idénticos y de criterios también comunes, y el mecanismo más adecuado para ello es reunir sus regulaciones en un texto legal único que constituye la base más adecuada para sentar el principio fundamental de la materia: el de la coordinación recíproca y de coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a todas las esferas administrativas.

II

Con apoyo directo en el artículo 149.1.29., en relación con el 104.1 de la Constitución, la Ley recoge el mantenimiento de la Seguridad Pública que es competencia exclusiva del estado, correspondiendo su mantenimiento al Gobierno de la Nación y al de las demás Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, dedicando sendos capítulos a la determinación de los principios básicos de actuación de las

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la exposición de las disposiciones estatutarias comunes:

A. Siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su *declaración* sobre la policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el *código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*, se establecen los principios básicos de actuación como un auténtico *código deontológico*, que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la Comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función. Los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son los ejes fundamentales, en torno a los cuales gira el desarrollo de las funciones policiales, derivando a su vez de principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al Ordenamiento jurídico, o de características estructurales, como la especial relevancia de los principios de jerarquía y subordinación, que no eliminan, antes potencian, el respeto al principio de responsabilidad por los actos que lleven a cabo la activa e intensa compenetración entre la colectividad y los funcionarios policiales que constituye la razón de ser de estos y es determinante del éxito o fracaso de su actuación, hace aflorar una serie de principios que, de una parte, manifiestan la relación directa del servicio de la policía respecto a la comunidad y, de otra parte, como emanación del principio constitucional de igualdad ante la Ley, le exigen la neutralidad política, la imparcialidad y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria por encima de cualquier otra finalidad, la Ley pretende ser el inicio de una nueva etapa en la que destaque la consideración de la policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad, mediante la defensa del Ordenamiento Democrático.

A través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía. Ello, por su indudable transcendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman, con carácter excluyente.

También en el terreno de la libertad personal entran en tensión dialéctica la necesidad de su protección por parte de la policía y el peligro, no por meramente posible y excepcional menos Real, de su invasión; por cuya razón, en torno al tratamiento de los detenidos, se articulan obligaciones terminales sobre la protección de su vida, integridad física y dignidad moral y sobre el estricto cumplimiento de los trámites, plazos y requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico.

Novedad a destacar es el significado que se da al principio de obediencia debida, al disponer que la misma en ningún caso podrá amparar actos manifiestamente ilegales ordenados por los superiores, siendo también

digna de mención la obligación que se impone a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de evitar cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.

Hay que señalar, finalmente, en este apartado, la estrecha interdependencia que refleja la Ley, entre el régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía que lógicamente se habrá de tener en cuenta al elaborar los de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los principios básicos de actuación, como garantía segura del cumplimiento de la finalidad de estos.

B. En el aspecto estatutario, la Ley pretende configurar una organización policial, basada en criterios de profesionalidad y eficacia, atribuyendo una especial importancia a la formación permanente de los funcionarios y a la promoción profesional de los mismos.

Los funcionarios de policía materializan el eje de un difícil equilibrio, de pesos y contrapesos, de facultades y obligaciones, ya que deben proteger la vida y la integridad de las personas, pero vienen obligados a usar armas; deben tratar correcta y esmeradamente a los miembros de la comunidad, pero han de actuar con energía y decisión cuando las circunstancias lo requieran y la balanza capaz de lograr ese equilibrio, entre tales fuerzas contrapuestas, no puede ser otra que la exigencia de una actividad de formación y perfeccionamiento permanentes respecto a la cual se pone un énfasis especial, sobre la base de una adecuada selección que garantice el equilibrio psicológico de la persona.

La constitucionalización del tema de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es una necesidad y una lógica derivación de su misión trascendental, en cuanto a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades que, en el contexto de la Constitución, son objeto de su Título I y principal, ya que integran la Carta Magna del ciudadano español. Esta es la razón que determina el particular relieve con que la Ley resalta la promesa o juramento de acatar y cumplir la Constitución, por parte de los miembros de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad no constituye un mero trámite o formalismo, sino un requisito esencial, constitutivo de la condición policial y al mismo tiempo símbolo o emblema de su alta misión.

Por lo demás, con carácter general, se regula la práctica totalidad de los aspectos esenciales, integrantes de su estatuto personal (promoción profesional, régimen de trabajo, sindicación, incompatibilidades, responsabilidad), procurando mantener el necesario equilibrio, entre el reconocimiento y respeto de los derechos personales y profesionales y las obligadas limitaciones a que ha de someterse el ejercicio de algunos de dichos derechos, en razón de las especiales características de la función policial.

Especial mención merece, a este respecto, la interdicción de la huelga o de acciones substitutivas de la misma, que se lleva a cabo, dentro del marco delimitado por el artículo 28 de la Constitución, en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite

interrupción. Lógicamente, como lo exige la protección de los derechos personales y profesionales de estos funcionarios, la Ley prevé la determinación de los cauces de expresión y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales.

El sistema penal y procesal diseñado, con carácter general, es el que ya se venía aplicando para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, suspendiéndose el expediente disciplinario mientras se tramita el proceso penal, permitiendo la adopción de medidas cautelares hasta tanto se dicte sentencia firme.

Con fundamentación directa en el artículo 104 e indirecta en el artículo 8, ambos de la Constitución, la Ley declara, a todos los efectos, la naturaliza de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía nacido de la integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional y al Cuerpo de la Guardia Civil.

III

A. El Capítulo II del Título II se dedica a enumerar las funciones que deben realizar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siguiendo para ello el reparto de competencias al que se considera que apunta la Constitución.

Pero es necesario efectuar algunas precisiones, que afectan al modelo policial que diseña la Ley, para comprender mejor por qué se asignan ciertas competencias al estado, mientras que otras se otorgan a los demás entes públicos territoriales. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en perfecta congruencia con el artículo 149.1.29. El artículo 104.1 de la Constitución atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

En segundo lugar, hay que aludir a todas las funciones de carácter *extracomunitario* o *supracomunitario*, según la expresión usada en los Estatutos de Autonomía para el País Vasco y para Cataluña. Entre ellas, esta la competencia en materia de armas y explosivos, que también la propia Constitución ha reservado al estado de modo expreso y, además, se encuentra la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida del territorio nacional, de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición, e emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, resguardo fiscal del estado, contrabando, fraude fiscal al estado y colaboración y auxilio a policías extranjeras.

Por lo que se refiere a las funciones propias de información y de Policía Judicial, la atribución es objeto de la adecuada matización. Porque la formulación del artículo 126 de la Constitución concibe la Policía Judicial estrechamente conectada con el Poder Judicial, que es el único en toda España y la Constitución insiste en ello, poniendo de relieve la idea de unidad jurisdiccional (artículo 117.5) disponiendo su Gobierno por un órgano único, el Consejo General Poder Judicial (artículo 122.2), estableciendo que los jueces y

magistrados se integren en un cuerpo único (artículo 122.1) y atribuyendo al estado competencias plenas en materia de Administración de Justicia (artículo 149.1.5.). Pero no se pueden desconocer las exigencias de la realidad y los precedentes legislativos, constituidos, sobre todo, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obligan a admitir la colaboración de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, en el ejercicio de la indicada función de Policía Judicial.

En otro aspecto, en cuanto a la distribución de las funciones atribuidas a la Administración del Estado, la Ley sigue los precedentes existentes, que deslindaban expresamente las correspondientes a los diversos Cuerpos de Seguridad del Estado, si bien, en casos excepcionales, al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, se adoptan las previsiones necesarias para que cualquiera de dichos cuerpos pueda asumir en zonas o núcleos determinados todas o algunas de las funciones asignadas al otro cuerpo.

B. De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Constitución, deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ello significa que la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo.

En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil por razones de fuero, disciplina, formación y mando, debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil.

Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

C. Por lo que se refiere a la policía, la Ley persigue dotar a la institución policial de una organización racional y coherente; a cuyo efecto, la medida más importantes que se adopta es la integración de los Cuerpos Superior de Policía y Policía Nacional en un solo colectivo, denominado Cuerpo Nacional de Policía.

De este modo, además de solucionar posibles problemas de coordinación y mando, homogeneizan, en un solo colectivo, cuerpos que realizan funciones similares o complementarias, con lo que se puede lograr un incremento en la efectividad del servicio.

En el aspecto estatutario, se consagra la naturaleza civil del nuevo cuerpo, si bien, dadas las especiales características que inciden en la función policial la

repercusión que sobre los derechos y libertades tienen sus actuaciones, se establecen determinadas peculiaridades, en materia de régimen de asociación sindical y en cuanto al régimen disciplinario.

El nuevo cuerpo se estructura en cuatro escalas. El régimen estatutario será el que determine la comunidad respectiva, con sujeción a las bases que en la Ley se establecen, como principios mínimos que persiguen una cierta armonización entre todos los colectivos que se ocupan de la seguridad. Tales principios mínimos son los establecidos en los capítulos I y III del Título I de la propia Ley, y por ello, únicamente debe resaltarse: el reconocimiento de las potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas; la intervención, en el proceso de creación de los cuerpos, del Consejo de Política de Seguridad, obedeciendo a consideraciones de planificación, de coordinación y de interés general, y la atribución, también de carácter general, con numerosos precedentes históricos y estatutarios, a los jefes y oficiales de las Fuerzas Armadas, mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la aptitud para su designación como mandos de los Cuerpos de las Policías Autónomas, previa realización de un curso de especialización para tal misión en la Escuela General de Policía.

D. El artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases Régimen Local, reconoce competencias a los municipios en materias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas.

A partir del reconocimiento de dichas competencias, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad admite distintas modalidades de ejecución de las mismas, desde la creación de Cuerpos de Policía propios, por parte de las corporaciones locales, hasta la utilización de personal auxiliar de custodia y vigilancia.

Por lo que respecta a las funciones, dado que no existe ningún condicionamiento constitucional, se ha procurado dar a las corporaciones locales una participación en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, coherente con el modelo diseñado, presidido por la evitación de duplicidades y concurrencias innecesarias y en función de las características propias de los Cuerpos de Policía Local y de la actividad que tradicionalmente vienen realizando.

Sin la distinción formal, que aquí no tiene sentido, entre competencias exclusivas y concurrentes, se atribuyen a las Policías Locales las funciones naturales y constitutivas de toda policía; recogiendo como específica la ya citada ordenación, señalización y dirección del tráfico urbano; añadiéndola de vigilancia, protección de personalidades y bienes de carácter local, en concordancia con cometidos similares de los demás cuerpos policiales, y atribuyéndoles también las funciones de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de Policía Judicial y de Seguridad Ciudadana. Y como, obviamente, se reconoce la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia y se parte de la Autonomía Municipal para la ordenación complementaria de este tipo de policía, la Ley Orgánica, en cuanto a régimen estatutario, se limita a reiterar la aplicación a las policías

locales de los criterios generales establecidos en los capítulos II y III del Título I.

Sobre la base de la práctica indivisibilidad de la seguridad pública y del consiguiente carácter concurrente del ejercicio de la competencia sobre la misma, dentro del respeto a la autonomía de las distintas esferas de la Administración Pública, la Ley ha querido resaltar la necesidad de intercomunicación entre los cuerpos de seguridad de dichas esferas administrativas y, por ello, inmediatamente después de enumerar en el artículo 2, cuales son esos cuerpos, proclama en su artículo 3, como un elemento constitutivo de todos ellos, el principio de cooperación recíproca y de coordinación Orgánica.

El principio de cooperación recíproca reaparece en el artículo 12 para cualificar las relaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; se vuelve a reflejar al efectuar la clasificación de las funciones de las policías autónomas, en el artículo 38, uno de cuyos grupos es el de las funciones de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y se pone de relieve también en el artículo 53, respecto a las funciones de los Cuerpos de Policía Local.

Pero, precisamente como garantía de eficacia de la colaboración entre los miembros de los cuerpos de policía de las distintas esferas administrativas territoriales, la Ley ha considerado necesario establecer también unos cauces institucionalizados de auxilio y cooperación y unos mecanismos orgánicos de coordinación.

Los cauces de auxilio y cooperación responden a los supuestos de insuficiencia de medios, que pueden concurrir en algunas Comunidades Autónomas, en cuyos casos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado coadyuvarán a la realización de sus funciones policiales, o se llevará a cabo la adscripción funcional de unidades del Cuerpo Nacional de Policía a las Comunidades Autónomas que no dispongan de policía propia, y si de la posibilidad de crearla, recogida en sus estatutos. En cuanto a los mecanismos orgánicos de coordinación, el derecho comparado ofrece modelos acabados de articulación de las diferentes piezas orgánicas en materia de seguridad, con base en los cuales se ha optado por la creación de un órgano político el Consejo de Política de Seguridad, de composición paritaria, presidido por el Ministro del Interior e integrado por los Consejeros de Interior o Gobernación de las Comunidades Autónomas, asistido por un órgano de carácter técnico, denominado Comité de Expertos.

Dichos órganos elaborarán fórmulas de coordinación, acuerdos, programas de formación, de información y de actuaciones conjuntas; correspondiéndoles también la elaboración de directrices generales y el dictamen de las disposiciones legales que afecten a los cuerpos de policía. En cualquier caso, más que de coordinación coercitiva o jerárquica, se trata de una coordinación de carácter informativo, teniendo en cuenta el carácter paritario de los órganos previstos, de acuerdo con el precedente establecido en el artículo 4 de la Ley

12/1983, de 14 de octubre, reguladora del Proceso Autonómico, con apoyo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En los niveles autonómico y local se recoge la posibilidad de constituir juntas de seguridad en las Comunidades Autónomas y en los municipios que dispongan de cuerpos de policía propios, para armonizar su actuación y la de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como mecanismo complementario de coordinación operativa, puesto que la coordinación general se atribuye a los órganos antes citados.

TÍTULO I
DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.

1. La Seguridad Pública es competencia exclusiva del estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la nación.
2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos estatutos y en el marco de esta Ley.
3. Las corporaciones locales participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley.
4. El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo 2.

Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

- a. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la nación.
- b. Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.
- c. Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

Artículo 3.

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ajustarán su actuación al principio de cooperación recíproca y su coordinación se efectuará a través de los órganos que a tal efecto establece ésta Ley.

Artículo 4.

1. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente.
2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal

y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

CAPÍTULO II PRINCIPIOS BÁSICOS DE ACTUACIÓN

Artículo 5.

Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1.- Adecuación al Ordenamiento Jurídico, especialmente:

- a.- Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.
- b.- Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.
- c.- Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.
- d.- Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación.
En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.
- e.- Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.

2.- Relaciones con la comunidad. Singularmente:

- a.- Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.
- b.- Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.
- c.- En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.
- d.- Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

3.- Tratamiento de detenidos, especialmente:

a.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

b.- Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

c.- Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona.

4.- Dedicación profesional, deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

5.- Secreto profesional, deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

6.- Responsabilidad, son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponderá a las Administraciones Públicas por las mismas.

CAPÍTULO III DISPOSICIONES ESTATUTARIAS COMUNES

Artículo 6.

1. Los Poderes Públicos promoverán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de acuerdo con los principios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

2. La formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se adecuará a los principios señalados en el artículo 5. Y se ajustarán a los siguientes criterios:

a.- Tendrá carácter profesional y permanente.

b.- Los estudios que se cursen en los centros de enseñanza dependientes de las diferentes Administraciones Públicas podrán ser objeto de convalidación por en Ministerio de Educación y Ciencia, que a tal fin tendrá en cuenta las titulaciones exigidas para el acceso a cada uno de ellos y la naturaleza y duración de dichos estudios.

c.- Para impartir las enseñanzas y cursos referidos se promoverá la colaboración institucional de la universidad, el Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Fuerzas Armadas y de otras instituciones, centros o establecimientos que específicamente interesen a los referidos fines docentes.

3. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado.

4. Tendrán derecho a una remuneración justa que contemple su nivel de formación, régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación el riesgo que comporta su misión, así como la especificidad de los horarios de trabajo y su peculiar estructura.

5. Reglamentariamente se determinará su régimen de horario de servicio que se adaptará a las peculiares características de la función policial.

6. Los puestos de servicio en las respectivas categorías se proveerán conforme a los principios de mérito, capacidad y antigüedad, a tenor de lo dispuesto en la correspondiente reglamentación.

7. La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

8. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones substitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.

9. El régimen disciplinario, sin perjuicio de la observancia de las debidas garantías, estará inspirado en unos principios acordes en la misión fundamental la Constitución les atribuye y con la estructura y organización jerarquizada y disciplinada propias de los mismos.

Artículo 7.

1. En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad.

2. Cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad.

3. La Guardia Civil solo tendrá consideración de Fuerza Armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico.

Artículo 8.

1. La Jurisdicción Ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por estos en el ejercicio de sus funciones.

Iniciadas unas actuaciones por los jueces de instrucción, cuando estos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda.

(Párrafo declarado inconstitucional por STC 55/1990, de 28 de Marzo).

Cuando el hecho fuese constitutivo de falta, los jueces de instrucción serán competentes para la instrucción y el fallo, de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se exceptúa en lo dispuesto en los párrafos anteriores los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar.

2. El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos.

3. La iniciación de procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la administración.

Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la Legislación General de Funcionarios.

TÍTULO II DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 9.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

a.- El Cuerpo Nacional de Policía, que es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior.

b.- La Guardia Civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden.

En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.

Artículo 10.

1. Corresponde al Ministro del Interior la Administración General de la Seguridad ciudadana y el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como la responsabilidad de las relaciones de colaboración y auxilio con las autoridades policiales de otros países, conforme a lo establecido en Tratados y Acuerdos Internacionales.

2. Bajo la inmediata autoridad del Ministro del Interior, dicho mando será ejercido en los términos establecidos en esta Ley por el Director de la Seguridad del Estado, del que dependen directamente las Direcciones Generales de la Guardia Civil y de la Policía, a través de las cuales coordinará la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3. En cada provincia, el Gobernador Civil ejercerá el mando directo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con sujeción a las directrices de los órganos mencionados en los apartados anteriores, sin perjuicio de la dependencia funcional de las unidades de Policía Judicial, respecto de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

CAPÍTULO II DE LAS FUNCIONES

Artículo 11.

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:

a.- Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.

b.- Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.

c.- Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.

d.- Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.

e.- Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.

f.- Prevenir la comisión de actos delictivos.

g.- Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.

h.- Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la Seguridad Pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

i.- Colaborar con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil.

2. Las funciones señaladas en el párrafo anterior serán ejercidas con arreglo a la siguiente distribución territorial de competencias:

a.- Corresponde al Cuerpo Nacional de Policía ejercitar dichas funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine.

b.- La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y sumar territorial.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía podrán ejercer las funciones de investigación y las de coordinación de los datos a que se refieren los apartados G) y H) del número 1 de este artículo, en todo el territorio nacional.

La Guardia Civil, para el desempeño de sus competencias propias, podrá asimismo realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional, cuando ello fuere preciso. En todo caso de actuación fuera de su ámbito territorial, los miembros de cada cuerpo deberán dar cuenta al otro de las mismas.

4. Sin perjuicio de la distribución de competencias del apartado 2 de este artículo, ambos cuerpos deberán actuar fuera de su ámbito competencial por mandato judicial o del Ministerio Fiscal o, en casos excepcionales, cuando lo requiera la debida eficacia en su actuación; en ambos supuestos deberán comunicarlo de inmediato al Gobernador Civil y a los mandos con competencia territorial o material; el Gobernador Civil podrá ordenar la continuación de las

actuaciones o, por el contrario, el pase de las mismas al cuerpo competente, salvo cuando estuvieren actuando por Mandato Judicial o del Ministerio Fiscal.

5. En caso de conflicto de competencias, ya sea positivo o negativo, se hará cargo del servicio el cuerpo que haya realizado las primeras actuaciones, hasta que se resuelva lo procedente por el Gobernador Civil o las instancias superiores del Ministerio del Interior, sin perjuicio de lo dispuesto para la Policía Judicial.

6. Al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, el Ministerio del Interior podrá ordenar que cualesquiera de los cuerpos asuma, en zonas o núcleos determinados, todas o algunas de las funciones exclusivas asignadas al otro cuerpo.

Artículo 12.

1. Además de las funciones comunes establecidas en el artículo anterior, se establece la siguiente distribución material de competencias:

a.- Serán ejercidas por el Cuerpo Nacional de Policía:

1.- La expedición del Documento Nacional de Identidad y de los pasaportes.

2.- El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros.

3.- Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración.

4.- La vigilancia e inspección del cumplimiento de la normativa en materia de juego.

5.- La investigación y persecución de los delitos relacionados con la droga.

6.- Colaborar y prestar auxilio a las policías de otros países, conforme a lo establecido en los Tratados o Acuerdos Internacionales sobre las Leyes, bajo la superior dirección del Ministerio del Interior.

7.- El control de las entidades y servicios privados de seguridad, vigilancia e investigación, de su personal, medios y actuaciones.

8.- Aquellas otras que le atribuya la legislación vigente.

b.- Serán ejercidas por la Guardia Civil:

1.- Las derivadas de la legislación vigente sobre armas y explosivos.

2.- El resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando.

3.- La vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas.

4.- La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran.

5.- Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, de los recursos hidráulicas, así como de la riqueza cinegetica, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza.

6.- La conducción interurbana de presos y detenidos.

7.- Aquellas otras que le atribuye la legislación vigente.

2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están obligadas a la cooperación recíproca en el desempeño de sus competencias respectivas.

3. Las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil actuarán recíprocamente como oficinas para la recepción y tramitación de los documentos dirigidos a las autoridades de cualquiera de los dos institutos.

CAPÍTULO III DE LA GUARDIA CIVIL

Artículo 13.

1. El Cuerpo de la Guardia Civil se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza militar.

2. El régimen estatutario de la Guardia Civil será el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollan y en el Ordenamiento militar.

Artículo 14.

1. El Ministerio del Interior dispondrá todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por esta Ley, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material.

2. Conjuntamente, los Ministros de Defensa e Interior dispondrán todo lo referente a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial, y propondrán al Gobierno el nombramiento del titular de la Dirección General de la Guardia Civil, así como la normativa reguladora del Voluntariado Especial para la prestación del Servicio Militar en la misma.

3. El Ministro de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, así como a las misiones de carácter militar que se encomienden a la Guardia Civil, ejerciendo, respecto al Voluntariado especial para la prestación del Servicio Militar en la misma las competencias que normativamente le correspondan.

Artículo 15.

1. La Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica. Cuando la Guardia Civil actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en unidades militares, resultará de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En todo caso, será competente para la imposición de la sanción de separación del servicio el Ministro de Defensa, a propuesta del de Interior.

2. Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos sindicatos ni hacer peticiones colectivas: individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica.

CAPÍTULO IV DE LA POLICÍA

SECCIÓN I. NORMAS GENERALES, ESCALAS Y SISTEMAS DE ACCESO.

Artículo 16.

1. La estructura y competencia de los órganos de dirección del Cuerpo Nacional de Policía serán las que se establezcan en las Normas Orgánicas del Ministerio del Interior.

2. El régimen estatutario del Cuerpo Nacional de Policía se ajustará a las previsiones de la presente Ley y las disposiciones que la desarrollen, teniendo como derecho supletorio la legislación vigente referida a los funcionarios de la Administración civil del estado. Sus miembros, hombres y mujeres, actuarán de uniforme o sin el, en función del destino que ocupen y del servicio que desempeñen.

3. La jubilación forzosa se producirá al cumplir el funcionario sesenta y cinco años.

4. Por Ley, se determinarán las edades y causas del pase de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la situación de segunda actividad, atendiendo a las aptitudes físicas que demande su función. Asimismo se establecerán las remuneraciones a percibir y las obligaciones correspondientes a esta situación.

Artículo 17.

El Cuerpo Nacional de Policía constará de las siguientes escalas y categorías:

- La escala superior, con dos categorías. Su sistema de acceso será a la inferior desde la escala ejecutiva y a la categoría superior desde la inferior; por promoción interna en ambos casos.

- La escala ejecutiva, con dos categorías. Su sistema de acceso será el de oposición libre y el de promoción interna, en el porcentaje que reglamentariamente se determine, para la categoría inferior, y de promoción interna para la categoría superior.

- La escala de subinspección, con una sola categoría, a la que se accederá únicamente por promoción interna desde la escala básica.

- La escala básica, con dos categorías, a las que se accederá por oposición libre a la categoría inferior, y por promoción interna a la superior. Para el acceso a las escalas anteriores, se exigirá estar en posesión de los títulos de los grupos A, B, C, y D, respectivamente, y la superación de los cursos correspondientes en el centro de formación.

En el Cuerpo Nacional de Policía existirán las plazas de facultativos y de técnico, con títulos de los grupos A y B, que sean necesarias para la cobertura y apoyo de la función policial, que se cubrirán entre funcionarios de acuerdo con el sistema que reglamentariamente se determine.

Excepcionalmente, si las circunstancias lo exigen, podrán contratarse, temporalmente especialistas para el desempeño de tales funciones.

Los grupos a los que se refieren los apartados anteriores de este artículo, los correspondientes a los grupos de clasificación establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

SECCIÓN II. DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA.

Artículo 18.

1. Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tienen derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, así como el de afiliarse a las mismas y a participar activamente en ellas en los términos previstos en esta Ley.

2. Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía solo podrán afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio cuerpo. Dichas organizaciones no podrán federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros del referido cuerpo. No obstante, podrán formar parte de organizaciones internacionales de su mismo carácter.

Artículo 19.

El ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tendrá como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional.

Constituirán asimismo límite, en la medida que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5 de esta Ley.

Artículo 20.

1. Para constituir una organización sindical será preciso depositar los estatutos de la misma, acompañados del acta fundacional, en el registro especial de la Dirección General de Policía.

2. Los estatutos deberán contener, al menos, las siguientes menciones:

a.- Denominación de la asociación.

b.- Fines específicos de la misma.

c.- Domicilio.

d.- Órganos de representación, Gobierno y Administración y normas para su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos.

e.- Requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de sus estatutos y disolución de la asociación sindical.

f.- Régimen económico de la organización, que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

3. Solo se podrán rechazar, mediante resolución motivada, aquellos estatutos que carezcan de los requisitos mínimos a que se refiere el número anterior, y cuyos defectos no hubieran sido subsanados en el plazo de diez días, a partir de que se les requiriese al efecto.

Artículo 21.

1. Las organizaciones sindicales legalmente constituidas tendrán derecho a formular propuestas y elevar informe o dirigir peticiones a las autoridades competentes, así como a ostentar la representación de sus afiliados ante los órganos competentes de la Administración Pública.

2. Tendrán la condición de representantes de las organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía aquellos funcionarios que, perteneciendo a las mismas, hayan sido formalmente designados como tales por el órgano de Gobierno de aquellas, de acuerdo con sus respectivos estatutos.

Artículo 22.

1. Aquellas organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía que en las últimas elecciones al Consejo de Policía hubieran obtenido, al menos, un representante en dicho consejo, o en dos de las escalas el 10 % de los votos emitidos en cada una de ellas, serán consideradas organizaciones sindicales representativas, y en tal condición tendrán, además, capacidad para:

a.- Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios, a través de los procedimientos establecidos al efecto.

b.- Integrarse en el grupo de trabajo o comisiones de estudio que a tal efecto se establezcan.

2. Los representantes de dichas organizaciones sindicales representativas tendrán derecho:

a.- A la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su asociación sindical, previa comunicación al jefe de la dependencia y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del servicio policial.

b.- Al número de horas mensuales que reglamentariamente se establezcan para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su representación.

c.- Al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan.

d.- Al pase a la situación de servicios especiales, en los términos que reglamentariamente se establezcan, con derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad, mientras dure el ejercicio de su cargo representativo, debiendo incorporarse a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese.

3. El número de representantes que la administración tendrá que reconocer, a los efectos determinados en el número 2 de este artículo, se corresponderá con el número de representantes que cada organización sindical hubiere obtenido en las elecciones al Consejo de Policía.

4. En todo caso, se reconocerá a aquella organización sindical que no hubiera obtenido representantes elegidos en el Consejo de Policía, pero si, al menos, el

10 % de votos en una escala, el derecho a un representante, a los solos efectos de lo previsto en el número 2 de este artículo.

Artículo 23.

1. En las dependencias con más de 250 funcionarios, las organizaciones sindicales tendrán derecho a que se les facilite un local adecuado para el ejercicio de sus actividades. En todo caso tendrán derecho a la instalación en cada dependencia policial de un tablón de anuncios, en lugar donde se garantice un fácil acceso al mismo de los funcionarios.

2. Estos podrán celebrar reuniones sindicales en locales oficiales, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la marcha del servicio, previa autorización del jefe de la dependencia, que solo podrá denegarla cuando considere que el servicio puede verse afectado.

3. La autorización deberá solicitarse con una antelación mínima de setenta y dos horas, y en la misma se hará constar la fecha, hora y lugar de la reunión, así como el orden del día previsto.

4. La resolución correspondiente deberá notificarse, al menos, veinticuatro horas antes de la prevista para la reunión, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2.

Artículo 24.

1. Las organizaciones sindicales responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias.

2. Dichas organizaciones responderán por los actos de sus afiliados, cuando aquellos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta de las organizaciones sindicales.

SECCIÓN III. DEL CONSEJO DE POLICÍA.

Artículo 25.

1. Bajo la presidencia del Ministro del Interior o persona en quien delegue, se crea el Consejo de Policía, con representación paritaria de la Administraciones y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

2. Son funciones del Consejo de Policía:

a.- La mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos.

b.- La participación en el establecimiento y las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios.

c.- La formulación de mociones y la evacuación de consultas en materias relativas al estatuto profesional.

d.- La emisión de informes en los expedientes disciplinarios que se instruyan por faltas muy graves contra miembros del Cuerpo Nacional de Policía y en todos aquellos que se instruyan a los representantes de los sindicatos, a que se refiere el artículo 22 de esta Ley.

e.- El informe previo de las disposiciones de carácter general que se pretendan dictar sobre las materias a que se refieren los apartados anteriores.

f.- Las demás que le atribuyan las Leyes y disposiciones generales.

3. Los representantes de la administración en el Consejo de Policía serán designados por el Ministro del Interior.

La representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el consejo se estructurará por escalas, sobre la base de un representante por cada 6.000 funcionarios o fracción, de cada una de las cuatro escalas que constituyen el cuerpo.

Artículo 26.

1. Se celebrarán elecciones en el seno del Cuerpo Nacional de Policía, a efectos de designar los representantes de sus miembros en el Consejo de Policía y determinar la condición de representativos de los sindicatos constituidos con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Las elecciones se celebrarán por escalas, votando sus miembros una lista que contenga el nombre o nombres de los candidatos a representantes de la misma, mediante sufragio personal, directo y secreto.

2. Los candidatos a la elección podrán ser presentados, mediante listas nacionales, para cada una de las escalas, por los sindicatos de funcionarios o por las agrupaciones de electores de las distintas escalas legalmente constituidas.

Los párrafos señalados en cursiva han sido declarados inconstitucionales en STC 120/2010 (BOE núm. 312/2010) Las listas contendrán tanto nombres como puestos a cubrir, mas igual número de suplentes.

3. Mediante el sistema de representación proporcional se atribuirá a cada una el número de puestos que le correspondan, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votantes por el de puestos a cubrir. Si hubiere puesto o puestos sobrantes, se atribuirán a la lista o listas que tengan un mayor resto de votos.

4. La duración del mandato de los delegados en el Consejo de Policía será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos en sucesivos procesos electorales.

Caso de producirse vacante, por cualquier causa, en la representación de los funcionarios en el Consejo de Policía, se cubrirá automáticamente por el candidato que ocupe el puesto siguiente en la lista respectiva.

5. Reglamentariamente, se establecerán las normas complementarias que sean precisas para la convocatoria de las elecciones, el procedimiento electoral y, en general, para el funcionamiento del Consejo de Policía.

SECCIÓN IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Artículo 27. *Derogado por Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía*

Artículo 28. *Derogado por Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía*

CAPÍTULO V DE LA ORGANIZACIÓN DE UNIDADES DE POLICÍA JUDICIAL

Artículo 29.

1. Las funciones de policía judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las unidades que se regulan en el presente Capítulo.

2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales.

Artículo 30.

1. El Ministerio del Interior organizará con funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que cuenten con la adecuada formación especializada, Unidades de Policía Judicial, atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, a las que corresponderá esta función con carácter permanente y especial.

2. Las referidas Unidades Orgánicas de Policía Judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el consejo general del poder judicial, a determinados juzgados y tribunales. De igual manera podrán adscribirse al Ministerio Fiscal, oído el Fiscal General del Estado.

Artículo 31.

1. En el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen Orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los jueces, tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.

2. Los jueces o presidentes de los respectivos órganos del orden jurisdiccional penal, así como los fiscales jefes podrán solicitar la intervención en una investigación de funcionarios o medios adscritos a unidades Orgánicas de policía judicial por conducto del Presidente del Tribunal Supremo o de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia o del Fiscal General del Estado, respectivamente.

Artículo 32.

La policía judicial constituye una función cuya especialización se cursará en los centros de formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con participación de miembros de la judicatura y del Ministerio Fiscal, o, complementariamente, en el centro de estudios judiciales.

La posesión del diploma correspondiente será requisito necesario para ocupar puestos en las Unidades de Policía Judicial que se constituyan.

Artículo 33.

Los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial desempeñarán esa función con carácter exclusivo, sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la de delincuencia y demás que se les encomienden cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Artículo 34.

1. Los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiera encomendado, hasta que finalice la misma o la fase del procedimiento judicial que la originara, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente.

2. En diligencias o actuaciones que lleven a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los jueces, tribunales o fiscales competentes de lo penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos jueces, tribunales y fiscales, y podrán requerir el auxilio necesario de las autoridades y, en su caso, de los particulares.

Artículo 35.

Los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas y de aquellos a que se refiere el número 2 del artículo 31 de esta Ley, las siguientes facultades:

a.- Les darán las órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y estatutos del Ministerio Fiscal.

b.- Determinarán, en dichas órdenes o instrucciones, el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesen a dichas Unidades.

c.- Controlarán la ejecución de tales actuaciones, en cuanto a la forma y los resultados.

d.- Podrán instar el ejercicio de la potestad disciplinaria, en cuyo caso emitirán los informes que puedan exigir la tramitación de los correspondientes expedientes, así como aquellos otros que considere oportunos. En estos casos recibirán los testimonios de las resoluciones recaídas.

Artículo 36.

Salvo lo dispuesto en este Capítulo, el régimen funcional del personal integrado en las Unidades Policía Judicial será el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

CAPÍTULO III DE LOS ÓRGANOS DE COORDINACIÓN

Artículo 48.

1. Para garantizar la coordinación entre las políticas de seguridad pública del Estado y de las Comunidades Autónomas se crea el Consejo de Política de Seguridad, que estará presidido por el Ministro del Interior e integrado por los Consejeros de Interior o Gobernación de las Comunidades Autónomas y por un número igual de representantes del estado designados por el Gobierno de la Nación.

2. El Consejo de Política de Seguridad ejercerá las siguientes competencias:

– Aprobar los planes de coordinación en materia de seguridad y de infraestructura policial.

– Informar las plantillas de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y sus modificaciones.

El consejo podrá establecer el número máximo de los efectivos de las plantillas.

– Aprobar directivas y recomendaciones de carácter general.

- Informar las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas, en relación con sus propios cuerpos de policía, así como la de creación de estos.
- Informar los convenios de cooperación, en materia de seguridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
- Las demás que le atribuya la legislación vigente.

3. Para su adecuado funcionamiento el Consejo de Política de Seguridad elaborará un reglamento de régimen interior que será aprobado por el mismo.

Artículo 49.

1. Dentro del Consejo de Política de Seguridad funcionará un comité de expertos integrado por ocho representantes, cuatro del estado y cuatro de las Comunidades Autónomas, designados estos últimos anualmente por los miembros del consejo de política de seguridad que representen a las Comunidades Autónomas. Dicho comité tendrá la misión de asesorar técnicamente a aquel y preparar los asuntos que posteriormente vayan a ser debatidos en el pleno del mismo y con carácter específico:

- Elaborar y proponer fórmulas de coordinación.
- Preparar acuerdos de cooperación.
- Proponer programas de formación y perfeccionamiento de las policías.
- Elaborar planes de actuación conjunta.

2. El reglamento de régimen interior del consejo de política de seguridad determinará las normas de composición y funcionamiento del comité de expertos.

Artículo 50.

1. En las Comunidades Autónomas que dispongan de cuerpos de policía propios podrá constituirse una junta de seguridad, integrada por igual número de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas, con la misión de coordinar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los cuerpos de policía de la Comunidad Autónoma, en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. La junta de seguridad será el órgano competente para resolver las incidencias que pudieran surgir en la colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los cuerpos de policía de la Comunidad Autónoma a tal efecto, las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y los gobernadores civiles deberán informar periódicamente a dicha junta acerca de las deficiencias que se observen en la coordinación, mutuo auxilio e información recíproca entre aquellos, indicando las medidas oportunas para corregir los problemas suscitados.

TÍTULO V DE LAS POLICÍAS LOCALES

Artículo 51.

1. Los municipios podrán crear cuerpos de policía propios, de acuerdo con lo previsto en la presente ley, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autonómica.

2. En los municipios donde no exista policía municipal, los cometidos de ésta serán ejercidos por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos.

3. Dichos cuerpos sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes.

No obstante, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la comunidad autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha comunidad autónoma.

Artículo 52.

1. Los Cuerpos de Policía Local son institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los Capítulos II y III del Título I y por la sección cuarta del Capítulo IV del Título II de la presente Ley, con adecuación que exija la dependencia de la administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes ayuntamientos.. Por lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales, y en atención a la especificidad de las funciones de dichos cuerpos, les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

3. Será también de aplicación a los miembros de dichos Cuerpos lo dispuesto, respecto a los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas, en el artículo 41.3 de la presente Ley; si bien la facultad que en el mismo se atribuye a las juntas de seguridad corresponderá al Gobernador Civil respectivo.

Artículo 53.

1. Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:

- a.- Proteger a las autoridades de las corporaciones locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones.
- b.- Ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.
- c.- Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.
- d.- Policía administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.
- e.- Participar en las funciones de policía judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.
- f.- La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de protección civil.
- g.- Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las juntas de seguridad.
- h.- Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la policía de las Comunidades Autónomas la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.
- i.- Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

2. Las actuaciones que practiquen los cuerpos de policía local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c y g precedentes deberán ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes.

3. En los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b del apartado 1. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local.

Los funcionarios integrantes de los Cuerpos referidos en el párrafo anterior se regirán por las normas contenidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y las demás normas que se dicten en desarrollo y aplicación de la misma.

Artículo 54.

1. En los municipios que tengan cuerpo de policía propio, podrá constituirse una junta local de seguridad, que será el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su ámbito territorial.

2. La constitución de dichas juntas y su composición se determinará reglamentariamente.

La presidencia corresponderá al alcalde, salvo que concurriera a sus sesiones el gobernador civil de la provincia, en cuyo caso, la presidencia será compartida con este.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

Si, excepcionalmente y en atención a las necesidades del servicio, el Ministerio del Interior, a través de la selección correspondiente, adscribe personal con la debida formación para ejercer funciones de mando en unidades uniformadas del Cuerpo Nacional de Policía, si fuera militar, pasará a la situación militar que corresponda.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA.

Los requisitos de ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, duración de los cursos, plazos de mínima permanencia en las diversas escalas y categorías, régimen de ascensos, y de promoción, cursos, programas, Constitución de los tribunales, varemos y demás requisitos que en cada caso sean exigidos, se determinarán reglamentariamente.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA.

1. El Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, aprobará el Reglamento Orgánico y de Servicio del Cuerpo Nacional de Policía, así como las plantillas de las escalas y categorías de dicho Cuerpo, por una sola vez.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa e Interior, aprobará el Reglamento Orgánico y de Servicio de la Guardia Civil, así como las plantillas y empleos de dicho Cuerpo, por una sola vez.

3. Las plantillas orgánicas de las distintas unidades dependientes de la dirección de la Seguridad del Estado se fijaran por el Ministro del Interior.

4. Los Ministerios de Economía y Hacienda Exterior darán conjuntamente las instrucciones relativas a las misiones de resguardo fiscal, encomendadas al cuerpo de la Guardia Civil.

5. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa e Interior, determinará la extensión del mar territorial sobre el que se ejercerán las competencias atribuidas por esta Ley al Cuerpo de la Guardia Civil.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.

Las referencias a la policía y a los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional, contenidas en la legislación vigente, se considerarán hechas al Cuerpo Nacional de Policía.

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Colaboración para la prestación de servicios de policía local.

En los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley.

En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los Cuerpos de Policía Local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de éste o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.7 de esta Ley, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. En lo que se refiere a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que se encuentren en segunda actividad sin destino, se aplicarán las normas que regulan estas situaciones.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Representación de los funcionarios titulares de las Plazas de Facultativos y Técnicos en el Consejo de Policía.

En los procesos electorales para designar representantes de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo de Policía, los funcionarios titulares de las plazas de Facultativos y de Técnicos concurrirán, como electores y elegibles, con los de las Escalas Ejecutiva y de Subinspección, respectivamente.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.

1. Lo dispuesto en la presente Ley no será de aplicación a la competencia que el artículo 17 del Estatuto de Autonomía atribuye a las instituciones del País Vasco en materia de régimen de la policía autónoma, para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, que seguirá regulándose por dicho Estatuto en la forma en que se determina por el mismo.

2. No obstante lo establecido en el número anterior, los artículos 5, 6, 7 y 8 que contienen los principios básicos de actuación, y las disposiciones estatutarias comunes, por su carácter general, se aplicarán al régimen de la policía autónoma del País Vasco.

3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Autónoma en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco,

se realizará por la junta de seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 y la Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.

1. La policía autónoma de Cataluña se rige por su Estatuto de Autonomía y normas que lo desarrollen, respecto a las que la presente Ley tendrá carácter supletorio, de conformidad con el artículo 13.1 de aquél.
2. No obstante lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Autónoma de Cataluña, los artículos 5, 6, 7 y 8 de esta Ley, y, en virtud de lo dispuesto respectivamente en los apartados 2. C), 7 y 4, del artículo 13 del Estatuto de Cataluña, los artículos 38, 43 y 46 de la misma.
3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Autónoma en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA.

La Policía Foral de Navarra se regirá por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de Agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y normas que la desarrollan, respecto de las que la presente Ley tendrá carácter supletorio.

2. No obstante, lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Foral, los artículos 5, 6, 7, 8, 43 y 46 de esta Ley, sin perjuicio de las competencias que correspondan a Navarra en materia de regulación del régimen de policía, en virtud de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto; asimismo, y de conformidad con el artículo 51.2 de la citada Ley Orgánica, podrán aplicarse los artículos 38 y 39 de esta si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral de Navarra.
3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Foral de Navarra se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 51.2 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

DISPOSICIÓN FINAL CUARTA.

Cuando las Comunidades Autónomas, a que hace referencia el apartado 2 del artículo 37 de esta Ley, ejerzan sus funciones en la forma prevista en el artículo 47, la financiación de las mismas se hará al 50 % con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Si las referidas Comunidades Autónomas optasen por crear Cuerpos de Policía propios, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del referido artículo, no les será de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

DISPOSICIÓN FINAL QUINTA.

Tienen el carácter de Ley Orgánica los preceptos que se contienen en los Títulos I, III, IV, V y el Título II, salvo los artículos 10, 11.2 a 6, 12.1, 17 del mismo, las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y las Disposiciones Finales.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

A la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, quedan derogadas, en su totalidad, las Leyes de 15 de Marzo de 1940; de 23 de Noviembre de 1940; de 2 de Septiembre de 1941; 24/1970, de 2 de Diciembre, y 55/1978, de 4 de Diciembre.

Quedan, asimismo, derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo preceptuado en la presente Ley.

11) Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley.

Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Considerando que la labor de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley constituye un servicio social de gran importancia y, en consecuencia, es preciso mantener y, siempre que sea necesario, mejorar las condiciones de trabajo y la situación de estos funcionarios,

Considerando que la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe considerarse como una amenaza a la estabilidad de toda la sociedad,

Considerando que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley desempeñan un papel fundamental en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Teniendo presente que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos prevén las circunstancias en las que los funcionarios de establecimientos penitenciarios podrán recurrir a la fuerza en el ejercicio de sus funciones,

Teniendo presente que el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley estipula que esos funcionarios podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas,

Teniendo presente que en la reunión preparatoria del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Varenna, Italia, se convino en los elementos que debían tenerse en cuenta en la continuación de los trabajos sobre las limitaciones en el uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,

Teniendo presente que el Séptimo Congreso, en su resolución 14, entre otras cosas, subraya que el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe conciliarse con el debido respeto de los derechos humanos,

Teniendo presente que el Consejo Económico y Social, en su resolución 1986/10, de 21 de mayo de 1986, invitó a los Estados Miembros a que prestaran especial atención en la aplicación del Código a la cuestión del uso de la fuerza y armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y que la Asamblea General, en su resolución 41/149, de 4 de

diciembre de 1986, entre otras cosas, acogió con satisfacción esta recomendación formulada por el Consejo,

Considerando que es oportuno, teniendo debidamente en cuenta su seguridad personal, atender al papel de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la administración de justicia y la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, a su responsabilidad de mantener la seguridad pública y la paz social, y a la importancia de sus calificaciones, capacitación y conducta,

Los Principios Básicos que se enuncian a continuación, formulados para asistir a los Estados Miembros en sus actividades destinadas a asegurar y fomentar el papel que corresponde a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de sus respectivas legislaciones y prácticas nacionales, y deben señalarse a la atención de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de otras personas como jueces, fiscales, abogados y miembros del poder ejecutivo y legislativo, y del público en general.

Disposiciones generales

1. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Al establecer esas normas y disposiciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley examinarán continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego.

2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo.

3. Se hará una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará con todo cuidado el uso de tales armas.

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza

y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22.

7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

8. No se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios Básicos.

Disposiciones especiales

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

11. Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

- a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados;
- b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios;
- c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;
- d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado;
- e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego;
- f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

Actuación en caso de reuniones ilícitas

12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.

13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.

14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

Vigilancia de personas bajo custodia o detenidas

15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando

sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.

16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro a que se refiere el principio 9.

17. Los principios precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de establecimientos penitenciarios, tal como se enuncian en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, sobre todo las reglas 33, 34 y 54.

Calificaciones, capacitación y asesoramiento

18. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley procurarán que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sean seleccionados mediante procedimientos adecuados, posean aptitudes éticas, psicológicas y físicas apropiadas para el ejercicio eficaz de sus funciones y reciban capacitación profesional continua y completa. Tales aptitudes para el ejercicio de esas funciones serán objeto de examen periódico.

19. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley procurarán que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reciban capacitación en el empleo de la fuerza y sean examinados de conformidad con normas de evaluación adecuadas. Los funcionarios que deban portar armas de fuego deben estar autorizados para hacerlo sólo tras haber finalizado la capacitación especializada en su empleo.

20. En la capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los gobiernos y los organismos correspondientes prestarán especial atención a las cuestiones de ética policial y derechos humanos, especialmente en el proceso de indagación, a los medios que puedan sustituir el empleo de la fuerza y de armas de fuego, por ejemplo, la solución pacífica de los conflictos, el estudio del comportamiento de las multitudes y las técnicas de persuasión, negociación y mediación, así como a los medios técnicos, con miras a limitar el empleo de la fuerza y armas de fuego. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben examinar sus programas de capacitación y procedimientos operativos a la luz de casos concretos.

21. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley proporcionarán orientación a los funcionarios que intervengan en situaciones en las que se empleen la fuerza o armas de fuego para sobrellevar las tensiones propias de esas situaciones.

Procedimientos de presentación de informes y recursos

22. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán procedimientos eficaces para la presentación de informes y recursos en relación con todos los casos mencionados en los principios 6 y 11 f). Para los casos con respecto a los cuales se informe de conformidad con esos principios, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial.

23. Las personas afectadas por el empleo de la fuerza y de armas de fuego o sus representantes legales tendrán acceso a un proceso independiente, incluido un proceso judicial. En caso de muerte de esas personas, esta disposición se aplicará a sus herederos.

24. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.

25. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que no se imponga ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de conducta pertinente y de estos Principios Básicos, se nieguen a ejecutar una orden de emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios.

26. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, a raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas.

12) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (selección).

CAPÍTULO III

Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana

Sección 1.ª Potestades generales de policía de seguridad

Artículo 14. Órdenes y prohibiciones.

Las autoridades competentes, de conformidad con las Leyes y reglamentos, podrán dictar las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley, mediante resolución debidamente motivada.

Artículo 15. Entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.

Artículo 16. Identificación de personas.

1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:

a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.

b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años.

4. A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley.

Artículo 17. Restricción del tránsito y controles en las vías públicas.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales.

Artículo 18. Comprobaciones y registros en lugares públicos.

1. Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

2. Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización 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 los bienes.

Artículo 19. Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación.

1. Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

2. La aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.

Artículo 20. Registros corporales externos.

1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Artículo 21. Medidas de seguridad extraordinarias.

Las autoridades competentes podrán acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales, en situaciones de emergencia que las hagan imprescindibles y durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana. Dichas medidas podrán adoptarse por los agentes de la autoridad si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible, incluso mediante órdenes verbales.

A los efectos de este artículo, se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos.

Artículo 22. Uso de videocámaras.

La autoridad gubernativa y, en su caso, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán proceder a la grabación de personas, lugares u objetos mediante cámaras de videovigilancia fijas o móviles legalmente autorizadas, de acuerdo con la legislación vigente en la materia.

Sección 2.^a Mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones

Artículo 23. Reuniones y manifestaciones.

1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.

Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso.

Artículo 24. Colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En los casos a que se refiere el artículo anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaborarán mutuamente en los términos previstos en su Ley orgánica reguladora.

13) LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil (selección).

Artículo 15. Acatamiento a la Constitución y al Ordenamiento jurídico.

Los miembros de la Guardia Civil tienen el deber de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, así como el de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Artículo 16. Jerarquía, disciplina y subordinación.

Los miembros de la Guardia Civil deberán adecuar su actuación profesional a los principios de jerarquía, disciplina y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar el cumplimiento de órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

Artículo 17. Respeto a la integridad física y moral.

Los miembros de la Guardia Civil están obligados a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, debiendo tener siempre presente el respeto a la vida y a la integridad física y moral de la persona.

14) Decreto 18/1995, de 24 de enero, del Gobierno Valenciano, regulador de los criterios de utilización del equipo de autodefensa y el armamento por las policías locales de la Comunidad Valenciana (selección).

Artículo primero

3. El uso del armamento y medios de autodefensa regulados en este Decreto se adecuará en todo momento a los principios básicos de actuación recogidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo diecinueve

La utilización de la defensa por parte del Policía dependerá de la gravedad de la situación y la utilizará sólo para contener o repeler una agresión contra su persona o la de terceros.

Artículo veinte

En los casos de servicios no individualizados, quien debe asumir la iniciativa y responsabilidad de éstos, será el encargado de determinar las directrices de utilización de la defensa y dar las ordenes, de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad. Ningún policía actuará sin previa orden, salvo que ello sea estrictamente necesario.

Quien ostente el mando deberá atenerse en todo momento a los criterios contenidos en estas normas.

Artículo veintiuno

Los policías no se ensañarán, bajo ningún concepto en el uso de la defensa, cesando en él en cuanto sea posible por haberse retirado los agresores o haber sido reducidos. No se amenazará ni golpeará nunca a una persona caída o que no ofrezca una grave resistencia insuperable por otro medio.

Artículo ventidos

La utilización de la defensa será proporcional al daño que trate de evitarse. Teniendo en cuenta su naturaleza y con el fin de evitar daños irreparables, se usará, cuando sea imprescindible y de ser posible, contra partes no vitales del cuerpo, rehuyendo la cabeza usando dicha defensa con el fin de apartar al oponente, sin golpearle, ocasionando el menor daño posible.

TÍTULO III. Utilización del aerosol defensivo y de descargadores eléctricos.

Artículo veintitrés

1. El aerosol defensivo se utilizará sólo como elemento de autodefensa ante personas en actitud agresiva que hayan amenazado provocado con antelación a los policías, para evitar altercados graves, riñas tumultuarias o situaciones

similares. Para su utilización en local cerrado se procurará contar previamente con la autorización del propietario o encargado siempre que ello sea posible, salvo que se trate de evitar un grave riesgo para las personas o la seguridad ciudadana en cuyo caso los Agentes de la Autoridad podrán prescindir de dicha autorización.

2. La utilización del aerosol se realizará sin causar daños innecesarios, debiendo cesar inmediatamente que se haya conseguido reducción del agresor o agresores.

Artículo veinticuatro

Los descargadores eléctricos limitarán su uso de acuerdo con lo señalado en el artículo anterior.

TÍTULO IV. Utilización de armas de fuego.

Artículo veinticinco

Se evitará hacer ostentación del arma, salvo que ello sea imprescindible por las características del servicio a prestar.

Artículo veintiséis

Cuando se inicien intervenciones en que sea presumible la necesidad de hacer uso u ostentación del arma, se adoptarán las medidas preventivas que se estimen adecuadas a la situación, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Armas.

Artículo veintisiete

El arma solo se utilizará por el policía cuando exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana, y en todo caso respetando los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

Artículo veintiocho

El uso preventivo consistirá en mantener el arma en la mano, dispuesta para su uso inmediato. El Policía se identificará debidamente, sin realizar amenazas innecesarias y sin apuntar directamente a ninguna persona, salvo que ello sea estrictamente necesario.

Artículo veintinueve

El uso preventivo sólo está permitido si se cree fundadamente que la persona interpelada lleva un arma, tiene antecedentes por haber agredido gravemente a alguna persona o haber amenazado con hacerlo. Asimismo en el caso de

entrada en locales cerrados previamente violentados, o en cualquier otro espacio bajo circunstancias de peligro similares.

Artículo treinta

El uso intimidatorio consistirá en la realización de varios disparos al aire, siempre que no haya riesgo para las personas o bienes.

Artículo treinta y uno

El uso intimidatorio del arma sólo está permitido cuando el policía deba enfrentarse a fuerzas análogas o superiores a las **pmanifiestamente** agresivas, cuando el sospechoso haya emprendido la huida, su detención sea estrictamente necesaria e inaplazable, no exista otra posibilidad de darle alcance y no exista riesgo alguno para personas y bienes.

Artículo treinta y dos

El uso del arma con fines defensivos sólo está permitido cuando esté en peligro manifiesto su vida, su integridad física o las de terceras personas por agresión de un tercero y no quepan actuaciones alternativas, extremando siempre las medidas de garantía y seguridad para sí mismo y terceras personas.

Artículo treinta y tres

El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias lo permiten, de comunicaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud, y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter pudiera ser desconocido por el atacante.

Artículo treinta y cuatro

Si el agresor mantiene su actitud, a pesar de las comunicaciones, no se deben efectuar disparos, si ello no es imprescindible, deben preceder los intimidatorios a los defensivos siempre que sea posible.

Artículo treinta y cinco

En última instancia, cuando por la rapidez, violencia y riesgo grave de la agresión se deba hacer uso del arma con fines defensivos, mismo se efectuará sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause el menor daño posible.

Artículo treinta y seis

Está prohibido hacer uso del arma de fuego fuera de los supuestos permitidos por el ordenamiento jurídico.

TÍTULO V. Régimen de funcionamiento disciplinario

Artículo treinta y siete

1. Cada vez que se utilice la defensa, el aerosol defensivo, descargadores eléctricos o el arma de fuego, se deberá elevar por el conducto reglamentario un informe exhaustivo haciendo constar los motivos y demás circunstancias concurrentes en el acto y adjuntando, si fuera posible, las vainas y balas, en su caso, salvo que las mismas deban ser entregadas a la Autoridad judicial directamente o a través de los grupos de Policía Científica.
2. En el caso de disparo de armas de fuego en acto de servicio, copia del citado informe se remitirá a la Consellería competente en materia de Policía, a efectos de conocimiento, con arreglo al modelo normalizado que se establecerá oportunamente.

15) Instrucción de 14 de abril de 1983, de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La utilización de las armas de fuego reglamentarias por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, viene suscitando diversas controversias, especialmente cuando su uso causa la muerte o lesiones graves de personas. Por otra parte, el uso indebido de las armas, cuando se produce un resultado lesivo para personas inocentes, genera la apertura de procedimiento criminal en el que el miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad puede ser condenado a penas graves, y, en este sentido, existe una sólida doctrina jurisprudencial, que fija la responsabilidad penal del que usa indebidamente armas de fuego.

Corno antecedentes normativos inmediatos de esta materia, figuran los Principios Básicos de Actuación de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros el 4 de septiembre de 1.981 y publicados por Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre del mismo año, y las Instrucciones dictadas por el Director de la Seguridad del Estado sobre controles policiales en carreteras y vías urbanas.

Parece, por ello, oportuno y necesario concretar los casos y las circunstancias en las que dichos miembros pueden y deben hacer uso de su arma reglamentaria, excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización.

Se trata, en consecuencia, prioritariamente, de llenar el vacío normativo existente en la materia, conseguir las mayores cotas de seguridad para la colectividad y garantías suficientes para los propios miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al propio tiempo que se da cumplimiento a lo dispuesto en la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa, aprobada por su Asamblea Parlamentaria de 8 de mayo de 1.979, en cuyo apartado a) num. 13, se expresa: "Es necesario dar a los funcionarios de Policía instrucciones claras y precisas sobre la forma y las circunstancias en las que deben hacer uso de sus armas".

En su virtud, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa aprobada por Resolución de la Asamblea Parlamentaria de 8 de mayo de 1.979, teniendo en cuenta el derecho a la vida y a la integridad física que consagra la Constitución Española y con objeto de que la Policía haga compatible el ejercicio de su función de proteger los derechos y libertades, con la garantía de la seguridad ciudadana, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se atenderán en el uso de sus armas de fuego a las siguientes reglas:

1.- Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden utilizar sus armas de fuego ante una agresión ilegítima que se lleve a cabo contra el Agente de la Autoridad o terceras personas, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1.1. Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona o personas atacadas.

1.2. Que el Agente de la Autoridad considere necesario el uso de arma de fuego para impedir o repeler la agresión, en cuanto racionalmente no puedan ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida adecuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa.

1.3. El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias concurrentes lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter fuera desconocido para el atacante.

1.4. Si el agresor continúa o incrementa su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se debe efectuar por este orden, disparos al aire o al suelo, para que deponga su actitud.

1.5. En última instancia, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, se debe disparar sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible.

1.6. Sólo en supuestos de delito grave, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ante la fuga de un presunto delincuente que huye, deben utilizar su arma de fuego, en la forma siguiente:

a) Disparando únicamente al aire, o al suelo, con objeto exclusivamente intimidatorio -previas las conminaciones y advertencias de que se entregue a la Policía o Guardia Civil- para lograr la detención, teniendo, previamente, la certeza de que con tales disparos, por el lugar en que se realicen, no pueda lesionarse a otras personas y siempre que se entienda que la detención no puede lograrse de otro modo.

b) Disparando, en última instancia, a partes no vitales del cuerpo del presunto delincuente, siempre que concurren todas y cada una de las circunstancias anteriores, cuando le conste al Agente de la Autoridad, además de aquellas, la extrema peligrosidad del que huye por hallarse provisto de algún arma de fuego, explosivos, o arma blanca susceptible de causar grave daño, siempre teniendo en cuenta el lema de la menor lesividad posible y el de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente.

Si se duda de la gravedad del delito, o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar.

Madrid, 14 de abril de 1.983

16) Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial (selección).

INSTRUCCIONES:

PRIMERA.- Oportunidad de la práctica de la detención.

1.- La detención constituye la medida cautelar personal llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por la que se limita provisionalmente el derecho a la libertad de una persona.

2.- Decidida la procedencia de la detención, el agente policial deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal.

3.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse en el momento de practicar la detención.

4.- El agente, en la práctica de la detención, actuará con decisión y autocontrol, a fin de evitar, en la medida de lo posible, el uso de técnicas o instrumentos de coacción directa y, si esto no fuera posible, propiciar la mínima lesividad tanto para el detenido como para los agentes intervinientes.

5.- Cuando el detenido se oponga a la detención, el agente deberá valorar la intensidad y agresividad de la reacción, adecuando el empleo proporcionado de la fuerza. A tal efecto, distinguirá las conductas de simple desobediencia o resistencia leve de aquellas que alcancen un grado de agresividad tipificable, cuando menos, como resistencia o desobediencia grave.

6.- Cualquier incidente que se produzca durante la detención deberá hacerse constar en el atestado que se instruya al efecto.

SÉPTIMA.- El empleo de la fuerza en la detención.

1.- Excepcionalmente el agente policial está legitimado para emplear la fuerza durante la detención cuando se produzca una resistencia a ésta, cuando la detención se practique en circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana, así como en los supuestos en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas.

2.- Como primera medida de actuación, el agente policial debe identificarse y dar a conocer la legitimidad de su presencia. Puede añadir otras palabras conminatorias para que el sujeto deponga cualquier posible actitud violenta.

3.- Siempre que para efectuar la detención se requiera ineludiblemente del empleo de la fuerza, el agente debe asegurarse de que la intensidad y el medio utilizado son los más idóneos y acertados, para lo cual actuará conforme a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

a) Por *oportunidad* debe entenderse la necesidad o no de recurrir a la coacción física en la detención, de acuerdo con los datos conocidos sobre la situación y el sujeto en cuestión.

El agente deberá sopesar las circunstancias propias del lugar, el conocimiento de la persona sospechosa, su peligrosidad o reacciones previsibles y su experiencia previa para determinar si la detención puede realizarse mediante la utilización de otros medios no violentos que la técnica profesional pone a su alcance.

La *congruencia* supone que el agente, una vez haya decidido el empleo de la fuerza y para que éste sea legítimo, habrá de elegir, de entre los medios legales previstos y disponibles, el que sea más idóneo y que mejor se adapte a la concreta situación, valorando, para ello, las prestaciones del medio agresivo, sus características, grados y demás efectos que respondan a la situación y finalidad legal pretendida.

El agente actuará con la destreza adquirida en la instrucción recibida, tanto en el dominio del medio agresivo como en el conocimiento de sus técnicas de empleo. Concorre con la destreza el mantenimiento, por parte del agente policial, de la serenidad emocional y el autocontrol, aun en situaciones de riesgo.

La *proporcionalidad* supone que, una vez decidido el empleo de la fuerza y el medio idóneo, el agente deberá adecuar la intensidad de su empleo, de forma que no sobrepase la estrictamente necesaria para conseguir el control de la persona, quedando absolutamente proscrito todo exceso.

Para ello, el agente deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- Tendrá la obligación de causar la menor lesividad posible. La selección de las partes no vitales, la graduación en la contundencia y el modo de ejecución de los actos violentos deben estar dirigidos a neutralizar a la persona objeto de la detención.
- Proporcionará una respuesta gradual y apropiada a cada situación. La graduación de la mayor o menor fuerza empleada por el agente se corresponderá a la agresividad de la respuesta del detenido, debiendo volver a ser descendente en la medida en que la situación se vuelva propicia para facilitar la detención deseada.

4.- El agente sólo hará uso de armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo

para la seguridad ciudadana y siempre de conformidad con los citados principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

5.- Está terminantemente prohibida la utilización, durante la detención o en cualquier otro servicio policial, de armas que no estén incluidas en los equipamientos oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cuya utilización no haya sido autorizada expresamente.

6.- En todo caso, sea cual fuere o hubiera sido el comportamiento del detenido, no se justifica ningún tipo de violencia cuando aquél haya sido inmovilizado.

7.- En el caso de detenciones de personas gravemente afectadas por la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o afectadas por algún tipo de trastorno mental, incluso transitorio, se procederá a su traslado a un centro sanitario a la mayor urgencia posible.

OCTAVA.- Registros personales en la detención.

a) El cacheo.

1.- El cacheo es la modalidad del registro personal que consiste en la prospección superficial externa del cuerpo y vestiduras e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipaje de mano, con la finalidad de descubrir objetos no permitidos o peligrosos, efectos del delito o medios de prueba ocultos entre la ropa o el cuerpo del sospechoso.

2.- El cacheo es preceptivo en el caso de detenciones, así como ante sospechosos potencialmente peligrosos. En el resto de ocasiones, la práctica del cacheo estará basada en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen, sin que en ningún caso pueda aplicarse de forma arbitraria.

3.- A fin de proteger la dignidad del detenido, cuando los funcionarios policiales se vean obligados a realizar cacheos en la vía pública, deberán buscar el lugar más idóneo y discreto posible.

4.- Para garantizar la seguridad de los agentes actuantes y del propio detenido, se deben eliminar los objetos susceptibles de poner en peligro dicha seguridad, para lo cual se procederá a un registro de seguridad del detenido, que será completado, de manera más exhaustiva, una vez que éste se encuentre en dependencias policiales.

5.- Si, en el momento del registro, los funcionarios que lo realizan observaran alguna lesión o el detenido manifestara sufrirla, lo trasladarán inmediatamente a un Centro sanitario para la práctica del oportuno reconocimiento médico.

6.- Los cacheos se llevarán a cabo, salvo urgencia, por personal del mismo sexo que la persona cacheada, y preferiblemente provistos del material de protección adecuado, especialmente cuando haya riesgo de contagio de enfermedades infecto-contagiosas. El criterio a seguir siempre en esta operación es el del máximo respeto a la identidad sexual de la persona

cacheada, lo que deberá tenerse en cuenta muy especialmente en el caso de personas transexuales.

7.- Es obligatorio, por razones de seguridad, efectuar un cacheo del detenido en el momento previo a su ingreso en un calabozo, que consistirá en el registro y requisa de todos los utensilios que pueda portar, entre otros, en los bolsillos, forros o pliegues de tela. Se procederá a la retirada de cadenas, cinturones, bufandas, cordones, relojes, anillos, encendedores, fósforos u otros objetos que puedan ser susceptibles de ser utilizados por el detenido para autolesionarse, causar lesiones o facilitar su fuga.

8.- Son de aplicación las "Normas de actuación de la Policía Judicial en recintos aduaneros respecto a las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales", de 14 de noviembre de 1988, dictadas por la Fiscalía Especial para la prevención y represión de tráfico ilegal de drogas, así como la Instrucción 6/1988 de la 10 Fiscalía General del Estado sobre el "Examen radiológico de personas posibles portadoras de drogas".

b) Registro con desnudo integral.

Para esta modalidad de registro, los agentes actuantes se atenderán a lo dispuesto en las Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad números 7/1996 y 19/2005.

NOVENA.- Inmovilización del detenido, el esposamiento.

El esposamiento de un detenido se considera incluido entre las medidas de seguridad que pueden adoptarse en los supuestos previstos en el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo orden contraria de la Autoridad Judicial.

No obstante, el agente que practique la detención o conducción, en atención a factores como las características del delito o la actitud del detenido, podrá valorar la conveniencia de aplicar o no esta medida con la finalidad de incrementar la discreción y no perjudicar la reputación del detenido.

El esposamiento, con carácter general, se llevará a cabo después de proceder al registro o cacheo del detenido, con el fin de inmovilizarle para prevenir agresiones o intentos de fuga, situando las manos en la espalda, sin perjuicio de las situaciones que aconsejen realizarlo frontalmente.

Se utilizarán prioritariamente sistemas reglamentarios de sujeción de muñecas, en cualquiera de sus modalidades, si bien en circunstancias excepcionales de urgencia o por el tipo de servicio de que se trate, y siempre de manera transitoria, se permitirá utilizar manillas de plástico, lazos de seguridad o dispositivos similares, cuyo uso haya sido expresamente autorizado.

3.- El agente ha de ser consciente en todo momento de que la inmovilización con cualquier elemento de sujeción puede dificultar las capacidades físicas del detenido, por lo que deberá ajustar la duración de aquélla, evitando

sufrimientos innecesarios, todo ello sin perjuicio de asegurar los fines de la inmovilización (la evitación de la huida, la agresión externa o la autolesión del detenido).

Al margen de la norma general previamente descrita, se tendrán en cuenta las circunstancias excepcionales que aconsejen rebajar o modular esta medida, como en el caso de mujeres en avanzado estado de gestación o de personas con alguna malformación o impedimento físico.

4.- Para preservar la intimidad del detenido, se evitará prolongar innecesariamente su exposición al público más allá de lo imprescindible.

DECIMOSEGUNDA.- Procedimientos de control de las detenciones.

1.- La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil adoptará normas de régimen interno que garanticen la inmediata detección, seguimiento y control, en sus distintos niveles jerárquicos, de aquellos casos o asuntos que puedan suponer una extralimitación o vulneración de los derechos de las personas que se encuentren bajo custodia policial, así como de las imputaciones o requerimientos judiciales que reciban los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con motivo de sus intervenciones.

2- Igualmente, dicha Dirección General diseñará cauces ágiles de intercomunicación que permitan a la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad de esta Secretaría de Estado, un conocimiento inmediato de los hechos acaecidos, sin perjuicio de las actuaciones que procedan y de las comunicaciones que deban efectuarse a los demás órganos competentes.

DECIMOTERCERA.- Formación Policial.

1.- En los Programas de capacitación policial de cualquiera de los Centros de Estudios dependientes de esta Secretaría de Estado de Seguridad, se prestará atención prioritaria a las medidas formativas en materia de derechos humanos y empleo de la fuerza, con la finalidad de que la instrucción proporcionada a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se ajuste a criterios de integridad, dignidad y eficacia, e impidan cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria.

2- Con idéntica finalidad, las Circulares internas de actualización profesional pondrán especial énfasis en los aspectos relativos al empleo de la fuerza y el respeto a los derechos humanos durante la práctica del servicio. Especialmente se procurará que los contenidos de dichas Circulares sean suficientes para mantener actualizados en esos aspectos a aquellos agentes cuyos cometidos no demanden, habitualmente, el trato directo con los ciudadanos.

17.- Instrucción 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de actuación policial con menores” (selección).

4.2. Forma de la detención, cacheo y esposamiento.

4.2.1. Deberá practicarse en la forma que menos perjudique al menor en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a sus circunstancias personales y del delito cometido, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores entre 16 y 18 años de edad.

4.2.2. Se evitará, en la medida de lo posible, la espectacularidad, el empleo de lenguaje duro (vociferante, malsonante, ...), la violencia física y la exhibición de armas.

4.2.3. El cacheo de los menores detenidos se realizará con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida de seguridad para el propio menor y los actuantes, retirándoles cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física, su seguridad o la de los que le custodian.

4.2.4. El esposamiento de los menores detenidos se llevara a cabo en los casos que sea estrictamente necesario, como respuesta proporcional a la naturaleza del hecho cometido y a la actitud del menor en el momento de su detención.

4.8. Reconocimiento médico

4.8.2. En todo caso, se someterá al menor detenido a reconocimiento médico cuando sus circunstancias personales o las inherentes a la forma en que se ha practicado la detención lo aconsejen, correspondiendo al responsable policial valorar su pertinencia como en el caso de detenidos mayores de edad.

18) Circular 1/1994, de la Dirección General de la Guardia Civil sobre utilización de armas de fuego (selección).

4) La posibilidad de utilización legítima de armas de fuego durante el servicio se encuentra suficientemente explicitada tanto en las diferentes circulares de la Secretaría de Estado para la Seguridad como en distintos escritos, circulares, etc, de este Centro Directivo, cuyo espíritu puede resumirse en la afirmación de que tan solo pueden utilizarse para evitar un mal de igual o mayor gravedad que aquél que se puede producir.

Desde la óptica anterior, son inadecuadas todas las actitudes que pretendan justificar disparos intimidatorios al aire, a partes no vitales del cuerpo, a ruedas de vehículos, etc, que finalizan con heridos o muertos, cuando no concorra la premisa anterior, y, sobre tales conductas de pretendida justificación o exculpación, exigiré, de cualquier mando que las sostenga, la responsabilidad que proceda.

5) La utilización de armas de fuego fuera del servicio tan solo es legítima cuando junto a las circunstancias de que se trate de evitar un daño igual o superior al que puede producirse, concurre, además, la de que se trate de una situación de la Ley Orgánica 2/86 y los principios de deontología profesional obligan a intervención del miembro del Cuerpo.

19) Circular 1/2008, de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, sobre Manual Operativo en Dispositivos Operativos en Vías Públicas (selección).

1.1. Utilización de armas de fuego.

La utilización de los medios a su alcance y, muy especialmente, la utilización de las armas de fuego, se ajustará en todo caso a lo dispuesto en el Artículo 5. 2. c., de la referida LOFCS, acomodándose a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Sólo podrá hacerse uso de las armas de fuego:

- En situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida o la integridad física, tanto propia como de terceras personas.
- En circunstancias en que amenace de forma inminente un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, siempre que se trate de evitar un mal de igual o mayor gravedad que aquel que se puede producir.

El principio de congruencia llevará a elegir el medio más adecuado de entre los legales para intervenir en cada caso concreto, significando que debe ser una preocupación constante del Mando la formación y preparación del personal subordinado.

La oportunidad se alcanza valorando la necesidad del uso del arma en cada caso concreto, intentando solventar la situación con otros medios menos lesivos, lo que requiere, como en el caso anterior, una constante formación y preparación.

La proporcionalidad exige comparar entre el daño que se puede causar y el que se pretende evitar.

