



Universidad  
de Alcalá

# **CUMPLIMIENTO DE UN DEBER EN LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD**

## **FULFILLMENT OF DUTY IN THE SECURITY FORCES**

### **Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

DOÑA MERAL YUMEROVA KECHEVA

Dirigido por:

DON ESTEBAN MESTRE DELGADO

Alcalá de Henares, a 11 de julio de 2022

El presente trabajo se ha realizado durante el 2º año del Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado, curso académico 2021-2022, dentro de la asignatura “Trabajo Fin de Máster”. Se ha elaborado bajo la tutorización del Dr. Esteban Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

## **RESUMEN**

Desde hace años, una de las cuestiones que más polémica social genera está relacionada con la actuación de las fuerzas policiales, especialmente en aquellos casos en que se recurre al uso de la fuerza. El presente trabajo tiene por objeto mostrar el tratamiento jurídico-penal que se ofrece a este tipo de intervenciones de los agentes policiales. Para ello, es preciso comenzar realizando un estudio de la normativa, tanto nacional como internacional, que habilita la actuación policial. Partiendo de esta obligación legal de intervenir, expondremos el régimen jurídico que otorga nuestro Código Penal a las conductas típicamente antijurídicas realizadas por los agentes en el ejercicio de sus funciones, para cuya concreción, y ante la falta de previsión legal específica, será imprescindible recurrir a los estudios doctrinales y jurisprudenciales en la materia, que concretan los requisitos precisos para legitimar las actuaciones de policías y eximir de responsabilidad penal a los mismos, jugando un papel fundamental la necesidad del recurso a la coacción.

## **PALABRAS CLAVE**

Armas. Cumplimiento del deber. Habilitación legal. Uso de la fuerza.

## **ABSTRACT**

For years, one of the issues that generates the most social controversy has been related to the actions of the security forces, especially in those cases in which the use of force is resorted to. The objective of this present work is to show the legal-criminal treatment that is offered to this type of interventions of police officers. To do this, it is necessary to begin with a study of the national and international regulations that police action. Based on this legal obligation to intervene, we will set out the legal regime that our Criminal Code grants to typically unlawful conduct carried out by agents in the exercise of their duties, for the specification of which, in the absence of a specific legal provision, it will be essential to resort to doctrinal and jurisprudential studies on the subject, which specify the precise requirements to legitimize police actions and exempt them from criminal liability, with the need to resort to coercion playing a fundamental role.

## KEY WORDS

Arms. Fulfillment of duty. Legal authorization. Use of force

## LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art./s	Artículo/s
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derecho Humanos
CP	Código Penal
Edit.	Editorial
FCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
Núm.	Número
Pág./s	Página/s
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

## ÍNDICE

	<b>Págs.</b>
<b>1. Introducción</b>	<b>6</b>
<b>2. Régimen de habilitación de la actuación policial y el uso de la fuerza</b>	<b>7</b>
<b>3. Justificación de la actuación policial: eximente de cumplimiento del deber. Requisitos</b>	<b>17</b>
3.1. Fundamento y naturaleza de la eximente	17
3.2. Requisitos	21
3.2.1. Condición de autoridad o agente de la misma en ejercicio de su cargo. Delimitación de los sujetos a los que cabe aplicar la eximente	23
3.2.2. Necesidad racional del medio empleado	33
3.2.3. Proporcionalidad en el uso de la fuerza	44
3.2.4. Resistencia o actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo	50
<b>4. Cumplimiento del deber como eximente incompleta y tratamiento del error</b>	<b>53</b>
<b>5. Conclusiones</b>	<b>59</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>62</b>
<b>7. Normativa</b>	<b>64</b>
<b>8. Jurisprudencia</b>	<b>65</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la coacción pública por el Estado a través de los correspondientes órganos de naturaleza policial es ampliamente reconocido y aceptado por nuestro Derecho. La relevancia que rodea a este hecho se refleja en torno a las actuaciones de los cuerpos policiales que, en cumplimiento de tal deber, se ven obligados a recurrir al uso de la fuerza, cuestionándose por los ciudadanos la legitimidad de tal comportamiento.

El debate en torno a tales actuaciones no es en absoluto reciente, si bien en los últimos años se ha visto acentuado. En virtud del art. 20.7 del CP, bajo la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, los agentes policiales pueden, en el ejercicio de sus funciones, hacer uso de la violencia para el mantenimiento de la paz y el orden público, así como para proteger los derechos de los ciudadanos, siempre que su actuación quede dentro de la autorización legal y respete unos principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

La polémica surge en relación a la discutida necesidad del uso de la violencia, así como la proporcionalidad con la que se lleva a cabo, pues a través de tales conductas se lesionan derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como la vida o la integridad física, pudiendo entender que surge en estos supuestos una colisión entre los derechos que nuestra Constitución garantiza y el deber impuesto a los agentes policiales, razón por la que se hace necesario estudiar en qué supuestos las actuaciones policiales están justificadas y, por ende, prevalecen sobre otros derechos.

En el presente trabajo trataremos de delimitar, en primer lugar, el régimen que habilita la actuación policial, cuyo punto de partida, en el ámbito nacional, se recoge en el art. 104 de la CE, mencionando asimismo las distintas normas en el ámbito internacional que hacen referencia, más o menos indirecta, a esta cuestión.

Posteriormente, analizaremos la justificación dispensada por nuestro CP a las actuaciones típicamente antijurídicas realizadas por los agentes policiales en el ejercicio de sus funciones, explicando, en primer lugar, el fundamento y la naturaleza de la causa

de justificación recogida en el art. 20.7 del CP, para, a continuación, realizar un examen pormenorizado de los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina penalista han establecido para la aplicación de esta eximente, ante la falta de una regulación legal específica, haciendo especial hincapié en la legitimación legal del uso de las armas y el análisis de la doctrina jurisprudencial sobre este punto.

Finalmente, se abordará el tratamiento dispensado a la eximente en aquellos supuestos en que falta alguno de sus requisitos, debiendo distinguir entre si los mismos son esenciales o inesenciales, así como la solución propuesta a aquellos casos en que los agentes sufren un error sobre la concurrencia de los citados elementos.

## **2. RÉGIMEN DE HABILITACIÓN DE LA ACTUACIÓN POLICIAL CON USO DE LA FUERZA**

En determinadas ocasiones, los agentes de las FCS están facultados para injerirse lesivamente en la esfera de los derechos de los ciudadanos, traduciéndose esta facultad en obligación en determinadas circunstancias. Por ello, es preciso comenzar haciendo referencia al régimen que habilita la actuación policial con uso de la fuerza durante la misma.

La CE se configura como el punto de partida en lo que a la actividad de las fuerzas policiales se refiere, pues la regulación de la misión encomendada a los agentes de la autoridad parte de lo dispuesto en el art. 104.1 CE, que 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”.

Este artículo se limita a establecer una cláusula general, pero no sirve para habilitar las intervenciones concretas, por lo que podemos afirmar que impone un parámetro que se debe respetar a la hora de establecer el marco normativo que habilite la actuación policial<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Barcelona Llop, J., “Sobre las funciones y organización de las fuerzas de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991, pág. 19.

En lo que a la protección, por las fuerzas policiales, del libre ejercicio de los derechos y libertades se refiere, su inclusión y primacía se sustenta sobre la propia preponderancia de los derechos y libertades en la CE y engloba un doble contenido: uno positivo, en cuanto que la actuación policial debe hacer posible que los ciudadanos ejerzan libremente sus derechos, y otro negativo, que supone que, en el ejercicio de sus funciones, los agentes deben evitar la realización de actuaciones que puedan negar o limitar injustificadamente esas libertades<sup>2</sup>. Por su parte, la seguridad ciudadana se puede definir, desde un punto de vista material, según establece el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, como una “actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, que engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido”, es decir, se puede entender, en palabras de esta misma Ley, como una garantía de que los derechos y libertades puedan ser libremente ejercidos por los ciudadanos.

Entendida así, la seguridad ciudadana adquiere su significado más relevante en relación con los derechos y libertades, en tanto en cuanto está a su servicio, pues a partir de la seguridad se concreta el marco ideal para el libre ejercicio de los derechos, siendo, probablemente, ésta la razón por la que la citada Ley de Seguridad Ciudadana establece en su Preámbulo que la seguridad ciudadana y la libertad constituyen un binomio inseparable al ser dos principios básicos de la convivencia en una sociedad democrática<sup>3</sup>.

De esta forma, tras la promulgación de la CE de 1978, las FCS se configuran como el medio destinado a garantizar la seguridad ciudadana necesaria que permita a los ciudadanos ejercer los derechos reconocidos constitucionalmente y éste es el sentido en que se pronuncia el TC<sup>4</sup> al disponer que:

---

<sup>2</sup> Fernández Segado, F., “Artículo 104: Las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo VIII- Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, Edit. Edersa, 2006, págs. 511-512.

<sup>3</sup> Fernández Segado, F., *op cit.* pág. 510.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990, de 28 de marzo, fundamento jurídico 5.



“De la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del art. 104.1 CE que puede considerarse directamente heredero del art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. [...] El art. 104.1 CE refleja un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos [...]”.

Para el cumplimiento de esta misión, el art. 104 CE no hace referencia alguna a cómo o a través de qué instrumentos o medios deben alcanzarse esos objetivos<sup>5</sup>, realizando, en ese aspecto, una remisión, y estableciendo en su apartado segundo que “una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Con objeto de dar cumplimiento a este mandato constitucional se promulga la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo objetivo principal, como reza su Preámbulo, es diseñar las líneas del régimen jurídico de las fuerzas policiales, establecer los principios básicos de su actuación y fijar sus criterios estatutarios fundamentales.

Esta Ley cobra un papel relevante, dado que recoge la alusión más importante sobre el uso de la fuerza en nuestro ordenamiento, potestad que se configura como un derecho que asiste a los profesionales de las FCS en el ejercicio de sus funciones, sin que sea menester precisar el origen de tal derecho, entendiéndose consustancial a la existencia del propio Estado y a determinadas funciones policiales y siendo, probablemente, su fundamento la defensa de los bienes y derechos de terceras personas, instituciones o de los propios profesionales del sector<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ruíz Rodríguez, L.R., “El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 10, núm. 83, 2014, pág. 44.

<sup>6</sup> Ruíz Rodríguez, L.R., *op cit*, págs. 44 y ss.; Castillo Moro, M., *Tácticas, técnicas y protocolos para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: Un estudio de la praxis profesional, desde un análisis jurídico, sociológico y operativo*, Tesis doctoral (s.p), Universidad de Murcia, 2017.

Para que el uso de la fuerza sea legal se debe preservar una serie de garantías en su ejecución, por lo que no habrá exceso cuando éstas sean respetadas<sup>7</sup>. Estos principios de actuación vienen recogidos en el art. 5.2 de la citada LOFCS, precepto que aborda el uso de la fuerza con el fin de cumplir con las funciones encomendadas por el art. 11.1 de la LOFCS, que recoge un catálogo detallado teniendo como base la misión genérica atribuida por la CE.

Así, el art. 5 de la LOFCS establece:

“Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: [...]

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, proporcionaran 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 podrán 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”.

De la lectura de este precepto extraemos una serie de conclusiones. En primer lugar, el artículo impone una obligación de actuar a los miembros de las FCS en aquellos supuestos en que observen o tengan conocimiento de una actuación que se

---

<sup>7</sup> Ruíz Ortiz, S. y Mainar Ene, J.M., “El uso de la fuerza policial. Una aproximación a su interpretación criminológico- operacional”, en *Anales de Derecho*, Vol. 34, núm. 1, 2016, pág. 7.

produce en ese instante y que reviste el carácter de delito grave, con el fin de evitar la producción de un resultado lesivo<sup>8</sup>.

En este punto, Luzón Peña ha señalado que estos requisitos se imponen a una actuación policial que exige “actuar con la decisión necesaria y sin demora”, es decir, aquella que requiere un uso de la fuerza (aunque sea mediante porras, defensas u otros similares, sin emplear otras armas) y que suponga una afectación a los derechos de las personas; por tanto, se exige como presupuesto la amenaza de un daño grave, que, normalmente, procederá de una actuación ilícita y que pondrá en peligro derechos personales o bienes patrimoniales o jurídicos colectivos, legitimando ello la actuación policial<sup>9</sup>.

Así las cosas, podemos observar que nuestra regulación sobre el uso de la fuerza se puede considerar insuficiente, en tanto en cuanto no establece qué medios concretos pueden emplear las autoridades policiales en el desempeño de sus funciones ni qué casos concretos habilitan el uso de la fuerza, más allá de la alusión a la utilización excepcional de las armas y la obligación general de respetar los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, principios éstos que no han sido objeto de una regulación complementaria que los desarrolle y dote de un contenido concreto. Ello supone que su configuración esencial reside en los manuales internos de cada cuerpo policial —textos éstos que carecen de naturaleza legal y valor jurídico frente a terceros— y en la interpretación jurisprudencial que ofrezcan nuestros órganos jurisdiccionales sobre estos principios<sup>10</sup>, cuestión ésta sobre la que tendremos ocasión de volver más adelante al analizar los requisitos de la eximente de cumplimiento del deber.

Y, en segundo lugar, podemos concluir que nuestro ordenamiento ha optado por un modelo progresivo del uso de la fuerza, siendo necesaria la existencia de un

---

<sup>8</sup> Nacario Lorente, J.M., *Obrar en el cumplimiento de un deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (correcta utilización de la fuerza policial)*, Tesis doctoral (s.p), Valencia, 2015, págs. 211-212.

<sup>9</sup> Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 455.

<sup>10</sup> Ruíz Ortiz, S., *Detención Policial y uso de la fuerza: implicaciones jurídico- criminológicas*, Tesis doctoral (s.p), Murcia, 2015; Ruíz Rodríguez, L.R., *op cit*, págs.45-46.

equilibrio entre la función policial como garante de los derechos y libertades y su misión como organismo habilitado para hacer un uso legítimo de la fuerza en aquellos casos en que sea necesaria para reprimir conductas que pongan en peligro la seguridad ciudadana<sup>11</sup>.

Estos principios recogidos por el legislador español están inspirados en la normativa internacional reguladora del uso de la fuerza. El primer instrumento normativo a tener en cuenta para ello es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en 1950, siendo la primera norma en el ámbito internacional que hace referencia expresa al recurso a la fuerza. Así, tras proclamar en su art. 2.1 el derecho de toda persona a la vida, en su apartado segundo recoge una excepción a este límite que opera en la actuación policial, y establece que:

“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”.

La doctrina considera que, para el supuesto de legítima defensa previsto en el apartado a) de este precepto, la redacción del Convenio es más restrictiva que lo dispuesto en nuestro CP, no sucediendo lo mismo en los otros dos puntos, en los que el CEDH es más “amplio”, concediendo diversas facultades, al autorizar el uso de la fuerza exclusivamente bajo el criterio de necesidad o de mínima lesión, mientras que la redacción dada por nuestro legislador en la LOFCS exige, además del mencionado criterio, que la actuación sea proporcional<sup>12</sup>. Ante tal conflicto, algunos autores han señalado que el mismo debe resolverse a tenor de lo previsto en el art. 60 del CEDH — que establece que ninguna de las disposiciones del Convenio se debe interpretar en un sentido que limite o perjudique aquellos derechos y libertades que puedan ser

---

<sup>11</sup> Piñar Mañas, J.L., Tejerina Rodríguez, O., *Seguridad del estado y privacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2014, pág.127.

<sup>12</sup> Sánchez García, M.I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de las armas por la autoridad*, Ed. J.M Bosch editor S.A., Barcelona, 1995, pág. 241; Olmedo Cardenete, M., “Art. 20.7”, en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Edit. Edersa, Madrid, 1999, pág. 513

reconocidos conforme a las leyes de cualquiera de las partes contratantes—, de forma que tendría prevalencia la formulación más restrictiva que efectúa nuestra LOFCS en su art. 5.2<sup>13</sup>.

Pero las dos normas fundamentales que han marcado la redacción de nuestra LOFCS son, tal y como establece la propia Ley en su preámbulo, la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por la que se aprueba la Declaración sobre la Policía, y la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, por la que se aprueba el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.

Ambas resoluciones tienen una vinculación directa, inspirándose en fuentes normativas como la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, estableciendo unos principios generales que deben orientar la actuación policial<sup>14</sup>.

La primera de estas normas se divide en tres grandes apartados, siendo en el primero de ellos —referido a la ética y código deontológico— en el que se hace referencia al uso de la fuerza, disponiendo en el punto 12 que “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”, para a continuación, en el punto 13, señalar que “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”. Se trata de dos principios que rigen la actuación policial, estableciendo un énfasis en la necesidad e importancia de que exista una racionalidad en el empleo de la violencia y una precisión en las órdenes jerárquicas<sup>15</sup>, constatando asimismo la incidencia de esta Declaración en nuestra normativa interna, teniendo su reflejo en el art. 5, apartado 2, de la LOFCS.

---

<sup>13</sup> Nacario Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 168; Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 242; Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 513.

<sup>14</sup> Castillo Moro, M., *op cit.*, pág. 69;

<sup>15</sup> Cervelló Donderis, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 9, 2013, pág. 18.

Por lo que respecta a la segunda de esas normas, la Resolución que aprueba el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, se trata de un texto que se pronuncia en un sentido similar a la Declaración sobre la Policía, disponiendo su art. 3 que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Para concluir con la referencia a estas dos resoluciones, hemos de manifestar que, del estudio conjunto de ambas, se puede deducir que la normativa internacional contiene unos límites más precisos y concretos sobre el uso de la fuerza que las normas nacionales, delimitando los casos concretos en los que cabe su aplicación, insistiendo ambas normas, en palabras de Cervelló Donderis, “en una referencia clara a la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza”<sup>16</sup>; principios éstos que se recogen también en la norma nacional que regula esta materia, la LOFCS, si bien esta última no cumple con las expectativas que pretendía la regulación internacional, pues no contiene unos límites ni define los supuestos que habilitan el uso de la fuerza.

Continuando con el contexto 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 la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) en 1990. Con carácter previo, debemos señalar que estos principios, debido a su fecha de aprobación, no han influido en la redacción de nuestra LOFCS; no obstante, son de aplicación en nuestro país toda vez que van dirigidos a todos los Estados que integran las Naciones Unidas.

En el punto 4 de sus Disposiciones Generales se establece que los agentes policiales deben utilizar medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza y armas de fuego, medios estos últimos que solamente deben emplearse “cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”. Existe, por tanto, una consciencia de la necesidad de emplear estos recursos,

---

<sup>16</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, pág. 19.

pero se pretende que sean la *ultima ratio*, debiendo las FCS recurrir a ellos únicamente ante la ineficacia de otros menos lesivos<sup>17</sup>.

Por su parte, el punto 5 de esta norma recoge una serie de pautas de actuación para aquellos supuestos en que el empleo de las armas de fuego sea inevitable. Concretamente, dispone que:

- “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.”

Esta última disposición debe ponerse en relación con los puntos 9 y 10 de las disposiciones especiales de esta misma resolución, que tratan de dar respuesta a dos cuestiones esenciales, como son concretar las circunstancias que legitiman el uso de las armas y cómo deben emplearse éstas.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el punto 9 dispone que no se emplearan armas de fuego contra las personas, salvo en unos supuestos establecidos y únicamente cuando resulten ineficaces otros medios menos extremos y lesivos para lograr los mismos objetivos. Los supuestos que recoge la norma son la defensa propia o de terceros, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, para evitar la comisión de un delito que suponga una seria amenaza para la vida, o con el fin de detener a quien represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga. Por lo que respecta al modo, y con arreglo al punto 10, los funcionarios se deben identificar como tales y advertir con antelación suficiente de su ánimo de emplear el arma, salvo que tal apercibimiento les pusiera en peligro, se creara con ello un riesgo de muerte o daños a terceros o resulte inadecuada dadas las circunstancias del caso.

---

<sup>17</sup> Castillo Moro, M., *op cit.*, pág. 80.

Se observa así que estos principios son un complemento al Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, cuyo objetivo es proporcionar a los Estados sugerencias y sentar una base para orientar la legislación interna en relación con el uso de la fuerza y las armas en las actuaciones policiales, instando en su punto 11 a los legisladores nacionales para que las normas que promulguen contengan una serie de directrices concretas<sup>18</sup>.

En este mismo sentido se pronuncian las Reglas de Justicia penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz, aprobado en 1994, que viene a realizar un compendio de las normas internacionales que regulan la actuación policial, siendo su art. 2 el que regula el uso de la fuerza y las armas de fuego con un contenido similar a lo previamente descrito, recogiendo los supuestos que autorizan el uso de la fuerza, la forma en que se debe aplicar y una especial referencia al uso de las armas<sup>19</sup>.

A la vista de la redacción dada a las distintas normas internacionales citadas, puede comprobarse que toda esa normativa, frente a nuestra regulación interna, es mucho más concreta y prudente, delimitando con cierta precisión los supuestos concretos en los que cabe la utilización de la fuerza, realizando todas ellas una especial alusión al uso de las armas de fuego como *ultima ratio* y al modo de emplearlas, siendo, de esta forma, más acordes al principio de legalidad; por el contrario, nuestra LOFCS establece unos requisitos más vagos y difusos, recayendo sobre la doctrina y la jurisprudencia la labor de interpretar los términos introducidos por el legislador.

---

<sup>18</sup> En concreto, este punto establece que “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) Reglamente 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”.

<sup>19</sup> Nacarino Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 242.



### **3. JUSTIFICACIÓN PENAL DE LA ACTUACIÓN POLICIAL VIOLENTA: EXIMENTE DE CUMPLIMIENTO DEL DEBER. REQUISITOS**

#### 3.1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE

Como hemos visto previamente, la misión constitucional asignada a las FCS ha acarreado que ciertas normas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, faculten a sus miembros a ejercer la coacción o uso de la fuerza en el desempeño de sus funciones, siendo posible que tales conductas produzcan una injerencia lesiva en los derechos y libertades de los ciudadanos e incurran en comportamientos tipificados penalmente.

Con el fin de preservar esa función, el legislador español ha contemplado la posibilidad de eximir de responsabilidad a los agentes que incurran en conductas tipificadas en el CP bajo la cobertura de lo dispuesto en el art. 20.7 del CP.

A tenor de lo que reza este precepto, estará exento de responsabilidad criminal “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, entendiendo nuestra jurisprudencia que, en los casos de intervenciones policiales, la eximente afectada es la de cumplimiento del deber, “pues esta previsión se ajusta a la norma jurídica que le sirve de base y sitúa sus límites 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”<sup>20</sup>.

La doctrina española considera, por unanimidad, que la eximente de cumplimiento del deber tiene la naturaleza de una causa de justificación<sup>21</sup>, toda vez que su aplicación justifica y declara la licitud de una conducta típica—realizada en

---

<sup>20</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 457/2003, de 14 de noviembre, fundamento de derecho sexto; número 608/2019, de 11 de diciembre, fundamento de derecho cuarto.

<sup>21</sup> Las causas de justificación son aquellas condiciones que, por determinadas razones, de concurrir en un hecho típico excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, convirtiéndolo en justificado.

cumplimiento de un deber— que es peligrosa o lesiva para bienes jurídicos tutelados penalmente, eximiendo a su autor de todo tipo de responsabilidad<sup>22</sup>.

Con la existencia de esta causa de justificación se pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico y el carácter unitario del injusto, evitando de esta forma que una conducta que está legitimada por una determinada rama del Derecho sea considerada, simultáneamente, antijurídica por otra, armonizando así las previsiones del sistema jurídico para soslayar contradicciones en el mismo<sup>23</sup>.

Algunos autores, como Mir Puig, han señalado, acertadamente, que esta idea de unidad no puede por sí sola imponer que lo lícito de un sector del Derecho lo sea también en el resto del ordenamiento, razón por la cual la idea de unidad del ordenamiento debe complementarse con la función de *ultima ratio* que cumple la intervención jurídico-penal, limitándose a la prevención y castigo de los hechos más lesivos para los bienes jurídicos más relevantes en la vida social; por tanto, la unidad del ordenamiento fundamenta que conductas lícitas impuestas por ramas extrapenales no puedan ser sancionadas por el Derecho penal, siempre que este principio esté ligado al carácter de *ultima ratio* de la rama penal, subsidiario con respecto a otras ramas de nuestro ordenamiento<sup>24</sup>. Ahora bien, para que un deber impuesto por una norma no penal pueda justificar un hecho castigado por la ley penal, es necesario que, con carácter previo, el ordenamiento mantenga la existencia de ese deber o derecho a pesar de la prohibición general prevista por el Derecho penal<sup>25</sup>.

En cuanto al fundamento general de la eximente de cumplimiento del deber, la opinión unánime de la doctrina del Derecho Penal español considera que se encuentra en el principio del interés preponderante. Este principio viene a expresar que una

---

<sup>22</sup> Entre otros, Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español: parte general. Teoría jurídica del delito II.*, 6ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 290; Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, págs. 498-499; Díez Ripolles, J.L., *Derecho penal español. Parte general.*, 5ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 327.

<sup>23</sup> Cerezo Mir, J., *op cit.*, pág. 291; Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 499.

<sup>24</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal: parte general*, 10ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2015, págs. 489 y ss.; Morales Prats, F., “Art. 20.7”, en Quintero Olivares, G. (coord.), *Comentarios al Código penal español (Tomo I y II)*, 7ª Edición, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2016 (en línea), <https://cutt.ly/CLzM2Gj>, (última consulta 2 de junio de 2022)

<sup>25</sup> Mir Puig, S., *op cit.* págs. 489 y ss.

acción típica es justa cuando en la situación concreta lesiona un interés con el fin de salvaguardar otro de mayor relevancia jurídica, siendo necesario ponderar, no solo los bienes jurídicos en conflicto, sino la totalidad de los intereses en juego que se detectan en la situación<sup>26</sup>. Para algunos autores, la justificación se produce tanto en aquellos casos en que jurídicamente hay un interés preponderante, como en aquellos en que existe un interés equivalente y ello porque en tales situaciones se confronta la alternativa de no realizar deber alguno con la de ejecutar al menos uno, siendo la opción más idónea y valiosa y, por tanto, preponderante, la segunda, dado que se salva uno de los bloques de intereses en conflicto<sup>27</sup>. En atención al supuesto a cuyo análisis se dedica este epígrafe, el uso de la fuerza por las FCS, el conflicto surge entre, por un lado, los intereses de orden público y seguridad ciudadana y, por otro, normalmente, los intereses de la integridad física, declarando la causa de justificación objeto de estudio preponderante el interés público.

De esta forma, la doctrina de nuestro país ha puesto de manifiesto que el art. 20.7 del CP constituye una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico cuya finalidad es evitar que normas extrapenales que establecen deberes o derechos puedan entrar en conflicto con figuras tipificadas penalmente<sup>28</sup>. Esta afirmación ha sido avalada por nuestro TS, en sentencia núm.1810/2002, de 5 de noviembre, al establecer que:

“La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según ha señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico, que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible”.

Consecuencia de ello, y siguiendo la estructura propia de una causa de justificación, la lesión al bien jurídico no desaparece, sino que se permite, o incluso se

---

<sup>26</sup> Entre otros, Cerezo Mir, J., *op cit.*, pág. 291; Sánchez García, M.I., *op cit.*, págs. 78 y ss.; Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 501.

<sup>27</sup> Díez Ripolles, J.L., *op cit.*, pág. 329; Luzón Peña, D.M., *op cit.*, pág. 423.

<sup>28</sup> Egidio Piva Torres, G., *Teoría del delito y el estado social y democrático de Derecho*”, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 206-207.

obliga a causarlo, por razón de intereses que se estiman prevalentes, si bien dentro del respeto a una serie de requisitos.

Sin embargo, es necesario destacar que un determinado sector doctrinal ha cuestionado la necesidad de una eximente como la analizada, considerando que se trata de una declaración superflua. Muñoz Conde entiende que, aun a falta de una mención expresa en el catálogo de eximentes, tendría un valor justificante<sup>29</sup>. En este mismo sentido se pronuncia Luzón Peña, en cuya opinión habría que reconocer y aplicar la citada eximente aunque no se mencionara y ello por respeto al principio general que establece que lo permitido o impuesto como deber por el Derecho en general no se puede prohibir penalmente<sup>30</sup>.

En nuestra opinión, es necesaria la regulación expresa en el CP de esta eximente en tanto en cuanto pone de manifiesto la unidad y coherencia de nuestro ordenamiento, la apertura del Derecho penal a la totalidad del orden jurídico— ya que cualquier rama del ordenamiento puede ser una fuente indirecta del Derecho penal si prevé una disposición que autorice para realizar un tipo previsto penalmente— y su voluntad de no derogar los deberes y derechos previstos en otras normas jurídicas. Además, su inclusión en el CP es precisa dado que, en ocasiones, la jurisprudencia sostiene que no cabe la admisión de más eximentes que las recogidas por la ley; y, por otro lado, permite efectuar un análisis de las circunstancias concretas que rodean cada intervención, evitando una aplicación automática de la eximente incluso en aquellos casos en que las conductas, a pesar de realizarse en cumplimiento de un deber, no son adecuadas ni proporcionales en su ejecución y asegurando así que los deberes extrapenales no se recepcionan de un modo inmediato en el orden penal, quedando su eficacia condicionada a los requisitos que pasaremos a analizar a continuación.

---

<sup>29</sup> Muñoz Conde, F., García Aran, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 319.

<sup>30</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, pág. 421.

### 3.2. REQUISITOS

El art. 20.7 CP se limita a declarar exento de responsabilidad a quien obre en cumplimiento de un deber, lo que implica “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”<sup>31</sup>; pero, a diferencia de lo que sucede con otras causas de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad, no regula los requisitos necesarios para entender que la conducta se encuentra comprendida dentro de la causa de justificación.

A la vista de la ausencia de concreción que presenta la citada disposición legal, podemos decir que nos encontramos ante una causa de justificación “en blanco”, debiendo acudir a lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia, sobre quien ha recaído el cometido de precisar los requisitos exigidos para la aplicación de la eximente y dotarlos de contenido.

Así, nuestro TS<sup>32</sup>, a través de una jurisprudencia consolidada y que se ha venido manteniendo de forma más o menos constante, ha considerado necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para poder apreciar la eximente:

1º. Que el sujeto activo sea una autoridad, agente o 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 recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la defensa de los intereses, públicos o privados, cuya tutela les viene legalmente encomendada.

3º. Que la medida de fuerza sea proporcionada, esto es, la idónea en relación con los medios a su alcance y la gravedad de la infracción que se pretende evitar mediante su empleo, actuando sin extralimitación.

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 263/2008, de 20 de mayo, FD cuarto.

<sup>32</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 26/2005, de 22 de enero; 850/2006, de 12 de julio; 828/2013, de 6 de noviembre; y 949/2013, de 19 de diciembre.

4º. Que concurra un determinado grado de resistencia o actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique que sobre el mismo se haga necesario el empleo de la fuerza.

Estos requisitos fueron unificados por primera vez por el TS en sentencia de fecha 20 de octubre de 1980, que supuso una gran novedad, no sólo por la citada unificación, trazando las líneas básicas que se van a seguir en esta materia, sino también porque abandona la tradicional idea de que la legitimación del uso de la fuerza encontraba su justificación únicamente en la agresión ilegítima precedente y procedente de aquella persona sobre la que posteriormente recaería el empleo de la fuerza, y ello porque el mantenimiento de este requisito dificultaría la diferenciación entre esta exigencia con la contenida en el artículo 20.4 CP.

En lo que respecta a los estudios del sector doctrinal español, en su gran mayoría se apoyan en la jurisprudencia emanada de nuestro TS y se refieren de forma expresa a los criterios que hemos apuntado y cuyo análisis pormenorizado se recoge en las páginas siguientes; no obstante, hay autores que suprimen la alusión a determinados requisitos, y se apoyan bien en el enunciado previsto en el art. 5.2 de la LOFCS, o bien en los presupuestos generales de las causas de justificación.

Así, por ejemplo, Cerezo Mir<sup>33</sup> considera que, para que la actuación de los miembros de las fuerzas policiales pueda estar amparada por esta causa de justificación, es necesario que se ajuste a los principios recogidos en el art. 5.2 de la LOFCS, si bien añadiendo el elemento de necesidad, así como un elemento subjetivo: el conocimiento del sujeto de que está actuando en cumplimiento de un deber y su voluntad de cumplir con el mismo.

Muñoz Conde y García Arán<sup>34</sup> entienden que, a pesar de no ser citados expresamente, los requisitos que deben regir son los generales de las causas de

---

<sup>33</sup> Cerezo Mir, J., *op cit.*, págs. 299 y ss.

<sup>34</sup> Muñoz Conde, F., García Aran, M., *op cit.*, págs. 320 y ss.

justificación, si bien hacen alusión a los principios de necesidad racional del medio empleado y de proporcionalidad.

Por su parte, Mir Puig opina que se debe acudir a una delimitación general de los presupuestos, y estima que debe concurrir, por un lado, un presupuesto subjetivo, que consiste en la condición relativa al sujeto y se concreta en su condición de autoridad o agente de la misma en ejercicio de su cargo; y otros objetivos, materializados en los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>35</sup>.

### 3.2.1. CONDICIÓN DE AUTORIDAD O AGENTE DE LA MISMA EN EJERCICIO DE SU CARGO. DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS A LOS QUE CABE APLICAR LA EXIMENTE

Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan, de forma unánime, que, para poder aplicar la eximente del art. 20.7 CP, el primer requisito que debe concurrir es que el sujeto activo sea una autoridad, agente o funcionario público habilitado legalmente para el empleo de la fuerza, presupuesto que debe concurrir tanto en su dimensión orgánica, esto es, la posesión de esa condición de autoridad, como desde una perspectiva funcional, que supone que el sujeto se halle en el ejercicio de su cargo en el momento de la comisión de los hechos<sup>36</sup>.

Respecto a la dimensión orgánica, la jurisprudencia ha dispuesto que el sujeto activo debe ser autoridad o agente de la misma o bien autoridad o funcionario público. La estrecha relación entre estas figuras jurídicas hace necesario precisar el contenido de cada una de ellas, a efectos de delimitar qué sujetos integran cada categoría y concretar en cuál de las tres se subsumen los miembros de las FCS, así como analizar la posibilidad de que otros sujetos distintos puedan beneficiarse de la aplicación de la eximente a través de su integración en alguna de las citadas categorías.

En cuanto al concepto de autoridad, disponemos de la definición penal ofrecida por el art. 24.1 CP. Este apartado primero ha sido modificado recientemente por la

---

<sup>35</sup> Mir Puig, S., *op cit.*, págs. 489 y ss.

<sup>36</sup> Morales Prats, F., *op cit.*; Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 489 y ss.; Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1929/2000, de 15 de diciembre; y 850/2006, de 12 de julio; y Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1157/2014, de 18 de junio.

disposición final cuarta de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, quedando redactado de la siguiente manera:

“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. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea”.

De la redacción de este precepto se deducen las dos características de este concepto: ejercer “mando” y “jurisdicción”. El primero de ellos está conectado con la idea de coerción, entendida ésta en sentido jurídico y no físico, por lo que equivale a la facultad de reclamar obediencia. Por su parte, la jurisdicción, a estos efectos, no equivale a la función jurisdiccional desarrollada por los tribunales, sino que se concreta en la potestad de solventar cualesquiera clases de asuntos que sean sometidos a la deliberación del funcionario, no ostentando la condición de autoridad quienes ejerzan jurisdicción por delegación<sup>37</sup>. Por su parte, la jurisprudencia de nuestro TS ha ido desarrollando este concepto y fijando qué sujetos están integrados en él<sup>38</sup>.

El segundo apartado del art. 24 CP nos ofrece la definición de funcionario público, estableciendo 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”.

El contenido de esta figura está configurado por dos aspectos: en primer lugar, un título habilitante para tal ejercicio, integrado por distintas opciones, traducándose ello en una ampliación en la forma de acceso al mismo<sup>39</sup>; y, en segundo lugar, por el

---

<sup>37</sup> Javato Martín, A.M., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, 2011, págs. 167-168.

<sup>38</sup> Incluyen, entre otros, a Jueces (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de noviembre de 1990), Notarios (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15 de febrero de 1986), miembros del Gobierno, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15 de febrero de 1986).

<sup>39</sup> Nacarino Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 268.



ejercicio de la función pública, que podemos definir, siguiendo a Torres Fernández, de la siguiente manera:

“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 esta 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”<sup>40</sup>.

Resta por abordar el ámbito de aplicación sobre el que se proyecta la figura de “agente de la autoridad”, concepto éste de mayor importancia para nuestro estudio. A diferencia de lo que ocurre con las nociones de autoridad y funcionario público, no existe un precepto que lo regule ni le dote de significado ni contenido. El TS, en sentencia número 2500/1992, de 18 de noviembre, define a los agentes de autoridad como “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”. Además, el art. 7.1 de la LOFCS atribuye expresamente este carácter a los agentes policiales al establecer 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”.

Una vez definidas estas tres figuras jurídicas, podemos concluir que, a los efectos del objeto de nuestro trabajo, los miembros de las FCS se consideran funcionarios públicos toda vez que participan del ejercicio de la función pública —a través de su cometido de mantenimiento de la seguridad ciudadana y persecución de los delitos— y están habilitados para ello, ya sea por Ley o por nombramiento de la autoridad competente; y, dentro de este concepto amplio de funcionario público, tienen

---

<sup>40</sup> Torres Fernández, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en Diario La Ley, tomo II, 2001, págs. 3 y ss.

la condición de agentes de la autoridad por disposición expresa de la LOFCS. No obstante, queremos destacar que la diferencia entre las tres figuras analizadas se pone de manifiesto por la propia LOFCS, toda vez que, en su art. 7.1, atribuye la condición de agentes de la autoridad a sus miembros, mientras que, en su art. 7.2, les otorga expresamente la consideración de autoridad en aquellos supuestos en que se cometan delitos 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 agentes.

Tras realizar esta afirmación, y antes de analizar la dimensión funcional, es importante realizar una referencia a dos cuestiones que consideramos relevantes. En primer lugar, debemos precisar si la condición de agente de la autoridad se atribuye a cualquier miembro de las FCS o bien se debe tener en cuenta el carácter de su plaza; y, en segundo lugar, haremos alusión a la posible atribución de la condición de agente de la autoridad o funcionario público a los vigilantes de seguridad privada en aras a determinar si cabe la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber a dicho personal en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, se trata de una materia poco tratada por la doctrina, aunque existen autores que sostienen que todos los miembros de las FCS —integradas por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local— ostentan la condición de funcionarios públicos con independencia de que tengan su plaza en propiedad o bien sean interinos, eventuales, sustitutos o funcionarios en prácticas y ello porque cumplen con las dos notas características exigidas: 1º. Participan del ejercicio de la función pública, cumpliendo con las tres concepciones que hay sobre ésta según la definición previamente ofrecida; 2º. Existe una vía de habilitación, que en el caso de los funcionarios de carrera es la resolución que publica su nombramiento, pudiendo entenderse ello como disposición inmediata de la ley, mientras que, en el caso del personal interino y sustitutos, la habilitación se produce por nombramiento de la autoridad competente<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, págs. 25 y ss.

En este mismo sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del TS número 137/1993, de 28 de enero, que analiza y reconoce la condición de agente de la autoridad de un policía en prácticas. En esta resolución, el tribunal considera que en la categoría de funcionario público se da cabida a los llamados funcionarios de hecho— aquellos que desempeñan una función pública, aunque, en cuanto al título, no ostenten todas las cualificaciones exigidas, como ocurre con los agentes en prácticas— y, acto seguido, dispone que:

“No puede cuestionarse, con referencia al relato judicial de los hechos, que el sujeto lesionado actuaba guiado por un interés público o general [...], y no debe ser obstáculo al reconocimiento de su condición de agente de la Autoridad la circunstancia de ser policía municipal en prácticas, pues había recibido una designación de quien tenía facultades para hacerla, aunque no hubiere llegado a perfeccionarse la relación funcional o administrativa”.

Por su parte, la AP de Almería, en sentencia número 295/2009, de 23 de septiembre, tiene ocasión de pronunciarse sobre la condición o no de agente de la autoridad de un auxiliar de policía municipal, estableciendo al respecto, en su fundamento de derecho tercero, que:

“Lo cierto es que la figura del auxiliar de policía local está reconocida en nuestra legislación de régimen local (apartado) 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 CP) [...]”<sup>42</sup>.

Mayor problemática ha suscitado la cuestión relativa a la interpretación sobre la consideración de funcionario público a efectos penales de los vigilantes de seguridad privada. La precedente Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, les negaba la condición de funcionario público a pesar de configurarlos como un servicio subordinado a las FCS, motivo por el cual la jurisprudencia les negaba el carácter de agentes de la autoridad<sup>43</sup>. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su consulta

---

<sup>42</sup> Se ocupan también de resolver supuestos relacionados con los auxiliares de policía local, pronunciándose en este mismo sentido la AP de Pontevedra, sentencias número 42/2001, de 21 de junio; y número 320/2011, de 15 de noviembre; y la Sentencia AP Castellón, número 221/2011, de 18 de mayo, entre otras.

<sup>43</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, págs. 27 y ss.

número 3/1993, de 20 de octubre, considera que, si bien promulgada la Ley de seguridad privada de 1992 no cabe duda de que los vigilantes carecen de la condición directa de autoridad y que las funciones llevadas a cabo por este colectivo no se pueden calificar de públicas propiamente dichas, en aquellas otras tareas de auxilio y colaboración con las FCS, los vigilantes son titulares de la protección penal que gozan los agentes de autoridad, si bien se debe partir de un criterio restrictivo.

Siguiendo con lo dispuesto por la Fiscalía, el TS en su sentencia número 850/2006, de 12 de julio, fundamento de derecho segundo, establece expresamente la posibilidad de extender los efectos de la eximente de cumplimiento del deber a los vigilantes de seguridad privada en aquellos supuestos en que desempeñen sus funciones de manera subordinada respecto de las fuerzas del orden público, sin entrar a valorar su carácter de agente de la autoridad o no.

Por su parte, la vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, tampoco ha considerado a los vigilantes de seguridad privada como agentes de la autoridad, si bien en su art. 31, referido a la protección jurídica que se dispensa a estos sujetos, 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 nos muestra ya una clara tendencia de protección a los miembros que forman parte de este corporativo y, siguiendo a Olmedo Cardenete, cuyos argumentos compartimos, creemos que, a los efectos de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, al personal al servicio de la seguridad privada no se le puede otorgar la condición de funcionario público, ni, por tanto, de agente de autoridad, si bien, como establece el citado autor, “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”<sup>44</sup>. Por lo tanto, a pesar de la falta de regulación expresa, cabe extender la aplicación de esta eximente a los miembros que integran el servicio de seguridad privada, a pesar de carecer de la condición de autoridad, siempre y cuando tales funciones se desempeñen

---

<sup>44</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 518.

de manera subordinada respecto de las FCS y se cumpla el resto de los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Pasando ahora a analizar la perspectiva funcional, para la jurisprudencia este elemento se materializa en la necesidad de que, en el momento de la comisión del hecho típico, “el sujeto pasivo se halle en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Esto es que tal sujeto pasivo se encuentre en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeña o que el hecho haya sido motivado por una actuación anterior en el ejercicio de tales funciones”<sup>45</sup>; y la doctrina, pronunciándose en sentido similar, ha establecido que es menester que el sujeto se halle en el ejercicio de su cargo, es decir, ejerciendo actuaciones dentro de su ámbito de actuaciones o competencias genéricas, concretadas en la prevención, investigación o averiguación de la comisión de ilícitos penales y en defensa de la seguridad ciudadana, quedando fuera de la aplicación de la causa de justificación los casos de incompetencia absoluta y aquellos otros en que se obra fuera del ejercicio de la función pública y en el ámbito de relaciones puramente personales<sup>46</sup>.

A partir de esta afirmación genérica, es menester realizar una referencia sucinta a una serie de cuestiones. En primer lugar, en lo que se refiere a las actuaciones realizadas fuera de servicio, el art. 5.4 de la LOFCS recoge un principio de dedicación profesional absoluta de los miembros de los cuerpos policiales, disponiendo 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”. El precepto parece claro y despeja cualquier duda, imponiendo un principio de servicio permanente, obligando a intervenir en todo momento y lugar, estando o no de servicio, si bien con la limitación dispuesta por la propia norma, esto es, que la intervención se realice en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana. A pesar de la claridad de la norma, algunos autores consideran que no concurrirá este

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1010/2009, de 27 de octubre.

<sup>46</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, Córdoba Roda, J., García Arán, M., *Comentarios al Código Penal: parte general.*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 227; Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 129; Olmedo Cardenete, M., págs. 518-519; y Cervelló Donderis, V., *op cit.*, pág. 28.

presupuesto de condición de autoridad en su aspecto funcional si el sujeto actúa fuera de servicio<sup>47</sup>.

Por el contrario, el TS, en su sentencia 263/2008, de 20 de mayo, fundamento de derecho cuarto, se pronuncia en sentido afirmativo, reconociendo indirectamente tal posibilidad, cuando dispone:

“Que el sujeto activo ha de ser autoridad o agente no cabe duda alguna, pero sin embargo ha de precisarse que dicha condición ha de ser también funcional, razón por la cual ha de encontrarse aquél en el ejercicio efectivo del cargo, de manera presente, activa y manifiesta, por lo que, la situación puede ser distinta si el agente, por ejemplo, se encontrare fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia, supuesto en el cual las exigencias para legitimar la actuación del sujeto activo han de ser aún más rigurosas, pues habrá de sopesar no sólo el grado de peligrosidad o de trascendencia insertos implícitamente en la presunta actuación delictiva que se quiere abortar, sino también las obligaciones que intrínsecamente acompañan al agente de la autoridad, según la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, como función imprescindible de la representación que ostenta cualquiera que sea el lugar y tiempo (art.5.4 de la misma)”.

En segundo lugar, y a la vista de la división que realiza la LOFCS entre Policía Nacional, Guardia Civil y policías autonómicas y locales, se plantea la controversia en relación con las actuaciones realizadas fuera del ámbito territorial de sus competencias. En cuanto al desempeño de las funciones por los dos primeros cuerpos citados, no hay duda que pueden actuar en todo el todo territorio nacional, por disposición expresa del art. 9 de la LOFCS.

Más ardua es la cuestión relativa al ámbito territorial atribuido a las policías autonómicas y locales, pues la LOFCS, en sus arts. 42 y 51, establece que los cuerpos respectivos solo podrán actuar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma o municipio correspondiente, respectivamente, “salvo en situaciones de emergencia, previo requerimiento de las autoridades estatales”. En este sentido, es interesante citar la Sentencia de la AP de Vizcaya número 42/2015, de 22 de junio, que se pronuncia sobre la actuación de la Policía Municipal que interviene fuera de los límites de su

---

<sup>47</sup> Morales Prats, F., *op cit.*

territorio en el marco de una vigilancia continuada en un municipio ajeno al de los agentes actuantes. La citada sentencia llega a la conclusión de que la intervención desarrollada por los agentes es ilegal al contravenir lo dispuesto en el art. 51.3 de la LOFCS, para a continuación establecer:

“Recordemos que este precepto, para validar actuaciones fuera del límite territorial, exige, conjuntamente, que se trate de situaciones de emergencia y que se actúe previo requerimiento de las autoridades competentes. Prescindiendo de la ausencia de éste, ni de lejos puede estimarse que nos encontremos ante una situación de esa naturaleza [...] Sancionar la legalidad de una actuación como la que se desprende de los datos expuestos equivaldría a dar vía libre a cualesquiera investigaciones y actuaciones que la Unidad de Drogas de la Policía Local de Bilbao estimase oportuno llevar a cabo en Barakaldo o en cualquier otro municipio en el que tuviera sospechas de la comisión de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas o tenencia preordenada al tráfico, algo que evidentemente no es posible. No estamos, pues, ante una situación excepción que permitiera a los agentes traspasar los límites de su territorio. La ilegalidad de la injerencia es evidente [...]”.

Sin embargo, bien distinta es la posición mantenida por el TS sobre este mismo caso en su sentencia número 210/2016, de 15 de marzo, al disponer que

“Es meridiano, pues, que el ámbito territorial de las policías locales es el término municipal en donde el Ayuntamiento ejerce su jurisdicción administrativa [...] En suma, los agentes de la policía local tienen que actuar dentro del ámbito funcional de sus atribuciones y entre los márgenes territoriales de su competencia, sin que el diseño legal les permita constituirse con funciones ilimitadas en materia de policía judicial, sino como colaboradores en las materias que no les sean propias. Fuera de ello, tendrán que dar cuenta a las autoridades competentes cuando salgan de sus límites territoriales, salvo que la urgencia del caso lo impida, lo que deberán verificar a la finalización de actuación [...] Por lo demás, ni siquiera existió la irregularidad legal que la Audiencia acusa a la actuación de la Policía Municipal de Bilbao, y ello porque, en primer lugar, la declaración de los policías sobre la estancia del acusado Alejo en el domicilio del acusado Luis Carlos debe ser admitida al no presentar tacha de ilegalidad, ya que la observación de los agentes tuvo lugar en el curso de la vigilancia de Luis Carlos iniciada en su domicilio de Bilbao y, por lo tanto, amparada por la situación de emergencia prevista en el art. 51.3 LO 2/1986; y, además consta que la actuación fue comunicada a la Policía Municipal de Barakaldo”.

Así, observamos que la sentencia del TS avala la actuación policial, apoyándose en este punto en la doctrina del Tribunal Constitucional, que previamente había tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, estableciendo que “Naturalmente, la anterior constatación [...] no significa que los agentes policiales de un determinado municipio que se hallaren fuera de su territorio ante unas situaciones de necesidad deban inhibirse en la prestación de auxilio o en la realización de las diligencias que procedan según las leyes”<sup>48</sup>.

Sin embargo, siguiendo a Izquierdo Carrasco y Alcántara Reifs<sup>49</sup>, entendemos que la ley lo que exige es el previo requerimiento de la autoridad competente, no la mera comunicación de las actuaciones policiales, siendo este último el planteamiento del que parte la sentencia del TS para algunos supuestos, como el enjuiciado, si bien consideramos que esta idea excede de lo dispuesto por el precepto legal, optando por una interpretación extensiva de lo previsto en la ley y poniendo, asimismo, de manifiesto la insuficiencia de la regulación. Es por ello que nuestra posición se acerca visiblemente a la adoptada por la AP, pues en el caso discutido ni existe requerimiento, ni se pone de manifiesto la situación de emergencia que justifique la actuación, cuestión esta última que el TS ni siquiera menciona en su sentencia. Ahora bien, hay que establecer que, en otras ocasiones, la postura del TS ha sido más estricta; así, en su sentencia número 433/2008, de 3 de julio, tachó de ilegal el comportamiento de los agentes de la Policía Local de Bilbao que actuaron en el territorio de un municipio que pertenece a la provincia de Burgos, poniendo ello de manifiesto que la jurisprudencia en este punto es casuística, debiendo atender a las circunstancias concretas del caso.

En cuanto a la posición doctrinal sobre esta cuestión, Cervelló Donderis se ha pronunciado expresamente, llegando a la conclusión de que las actuaciones realizadas por las policías locales fuera de su demarcación dan lugar a supuestos de incompetencia absoluta, lo que supone la ilegalidad de toda conducta típica que se realice en estos

---

<sup>48</sup> Sentencias Tribunal Constitucional, número 49/1993, de 11 de febrero, fundamento jurídico tercero; y 82/1993, de 8 de marzo, fundamento jurídico segundo

<sup>49</sup> Izquierdo Carrasco, M. y Alcántara Reifs, J.J., “Límites materiales y territoriales a la actuación de la policía local como policía judicial: a propósito de la STS nº 210/2016, Sala 2ª, de lo Penal, de 15 de marzo de 2016”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107, 1, 2017, págs. 253-272.



términos y la imposibilidad de apreciar la eximente ahora analizada<sup>50</sup>, y en este mismo sentido negativo se pronuncia Morales Prats disponiendo que no concurre el elemento subjetivo de la eximente si el sujeto se halla fuera de la demarcación en la que tiene atribuida la competencia<sup>51</sup>.

Para concluir, hay que establecer que este presupuesto se configura como un requisito esencial para la aplicación de la eximente<sup>52</sup>, si bien sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver en otros momentos de este trabajo.

### 3.2.2. NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO

Como segundo criterio, tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren a la necesidad del uso de la violencia en función de los intereses cuya protección se tenga legalmente encomendada<sup>53</sup>. En este sentido, conviene previamente precisar que, pese a que durante tiempo la jurisprudencia ha considerado que la necesidad del recurso a la fuerza solo surge cuando los agentes de la autoridad han sufrido una previa agresión ilegítima, como hemos señalado anteriormente, este requisito se abandona a partir de 1980, pasando a entender aplicable la eximente sin la concurrencia de tal presupuesto, pues, como señala Mir Puig, la *ratio* del art. 20.7 del CP no es otorgar una cobertura a los agentes policiales frente a agresiones ilegítimas, sino que lo que hace nacer el deber del empleo de la fuerza es que la misma resulte necesaria para cumplir con la función pública de que se trate, esto es, la motivación viene dada por la infracción del derecho o un peligro para terceros que deba ser impedido; de esta forma, el agente podría hacer uso de la violencia sin haber sido objeto de previa agresión, por ejemplo, para reducir a un peligroso delincuente que pretende huir<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, pág. 29

<sup>51</sup> Morales Prats, F., *op cit.*

<sup>52</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, págs. 452 y ss.; Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, págs. 514 y ss.; Egidio Piva Torres, G., *op cit.*, pág. 208; y Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 494 y ss.

<sup>53</sup> Entre otros, Cerezo Mir, *op cit.*, pág. 301 y en su artículo “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en *Anuario de derecho y ciencias penales*, Tomo II, 1987, págs. 279 y ss.; Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 120; Rodríguez Ramos, L., *Código Penal concordado y comentado con la jurisprudencia.*, 6ª Edición, Edit. La Ley, Madrid, 2017, pág. 259 y en este mismo sentido en *Compendio de derecho penal parte general*, 2ª Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 142; y Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *op cit.*, pág. 320.

<sup>54</sup> Morales Prats, F., *op cit.*; y Mir Puig, S., *op cit.*, págs. 494 y ss.

Entrando ya en el análisis de este presupuesto, debemos comenzar por establecer el concepto de necesidad de la conducta, entendiendo por tal, siguiendo a Córdoba Roda, “la racional precisión de la misma para alcanzar la misión propia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que según el art. 104 de la Constitución, es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”<sup>55</sup>.

Tal necesidad se debe estudiar desde dos planos que diferencia tanto el sector doctrinal como el jurisprudencial: necesidad abstracta o cualitativa y necesidad concreta o cuantitativa, formando esta diferenciación parte de la argumentación que utiliza el TS para fundamentar sus resoluciones relativas a esta eximente. Así lo dispone el Tribunal Supremo, que en su sentencia número 656/2020, de 3 de diciembre, fundamento de derecho segundo, dispone que “En el análisis de la necesidad de intervención esta Sala ha distinguido una necesidad en abstracto y en concreto”.

La necesidad en abstracto equivale a la necesidad de la violencia genéricamente entendida, es decir, requiere comprobar la ineficacia de medios no violentos para cumplir la función de que se trate; dicha necesidad reclama un enjuiciamiento *ex ante* de la situación, esto es, antes de la intervención policial se ha de valorar si, para llevar a cabo su función, el agente no tiene otra posibilidad real y efectiva más que el empleo de la fuerza ante el sujeto que mantiene una postura de agresividad o resistencia, enjuiciamiento que ha de realizarse conforme a criterios racionales de la persona media; en estos casos, la justificación de la conducta dependerá de que se haya efectuado un examen conforme a deber en los términos citados, recomendándose por algunos autores la previa identificación, si la situación lo permite, de forma clara y manifiesta, como agente de la autoridad, así como efectuar los pertinentes avisos a los particulares sobre las repercusiones ante la negativa de no cesar en su acción<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, pág. 227.

<sup>56</sup> Gómez Tomillo, M., *Comentarios prácticos al código penal español. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 287; Morales Prats, F., *op cit.*; Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, pág. 227; Castillo Moro, M., *op cit.*, págs. 318-319; y Nacarino Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 373.

Sobre este plano de la necesidad, el TS, en sentencia 608/2019, de 11 de diciembre, fundamento de derecho cuarto, dispone que la misma

“Deriva de una consideración *ex ante* del riesgo que es objeto de prevención. Un análisis de lo que acontece antes de la decisión del agente, a fin de evaluar la congruencia entre el modo concreto de intervención que se analiza y el riesgo que objetivamente se cierne sobre el bien jurídico cuya protección activa la reacción del actor”.

En definitiva, si tras la valoración de todos los elementos señalados no queda otra opción que el uso de la fuerza y ésta se lleva a cabo en cumplimiento el principio de menor lesividad, se ha de considerar que la conducta ha sido congruente y con pleno respeto al principio de necesidad en abstracto<sup>57</sup>.

Por tanto, *a sensu contrario*, la necesidad en abstracto faltará cuando no sea preciso hacer uso de la violencia para dar el debido cumplimiento al cometido público de que se trate. Al constituir tal necesidad un requisito esencial de la eximente, su ausencia impide la apreciación tanto de la eximente completa del art. 20.7 CP como de la incompleta del art. 21.1 CP, al encontrarnos ante un supuesto denominado exceso extensivo de la fuerza, lo que supone que la actuación policial dará lugar al correspondiente tipo delictivo, sea a título de dolo o de culpa (que se castigará solo en aquellos delitos en que la ley así lo prevea, conforme al art. 12 CP) y la condena por tal delito, siendo tal solución la alcanzada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia<sup>58</sup>. Así lo ha dispuesto nuestro TS al establecer que tal necesidad es “siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad”<sup>59</sup>.

Y así, en sentencia 4/2005, de 19 de enero, fundamento de derecho segundo, nuestro TS rechazó la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber, alegando la falta de concurrencia del elemento esencial e imprescindible de la necesidad de actuar violentamente y condenó a un agente de la Ertzaintza por causar lesiones a un

---

<sup>57</sup> Castillo Moro, M., *op cit.*, pág. 320.

<sup>58</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, págs. 519-520; Morales Prats, F., *op cit.*; Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *op cit.*, págs. 129-130; y Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, pág. 228.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 112/ 2005, de 31 de enero, fundamento de derecho segundo.

ciudadano, consecuencia de una concentración de personas que se produjo al ir a practicar una detención por orden de la autoridad judicial competente, produciéndose un enfrentamiento entre los agentes con algunas de esas personas, que en ningún momento intentaron agredir a los agentes.

Continuando con el análisis de la necesidad, una vez que el agente policial ha considerado que es preciso el uso de la violencia, y así lo hace, se debe valorar la necesidad de la fuerza en sentido concreto, que consiste en el empleo del medio más idóneo para lograr el fin pretendido, es la adecuación del medio violento específicamente empleado a las características propias del supuesto de hecho<sup>60</sup>. Es decir, para que sea aplicable la eximente ha de tenerse en cuenta un aspecto cuantitativo, en relación con la intensidad y cantidad de la fuerza, por lo que es preciso que la violencia que se emplee sea la menor posible en relación con la finalidad perseguida, lo que supone que se utilice el medio menos nocivo, menos lesivo<sup>61</sup>.

Por su parte, Córdoba Roda ha entendido tal necesidad como que el medio violento utilizado sea racional (al igual que, expresamente, se dispone en la ley para el caso de la legítima defensa), esto es, que, en consideración a las circunstancias presentes en el caso, el medio pueda ser tenido por necesario<sup>62</sup>.

Este es también el criterio mantenido por nuestro TS que, en sentencia 112/2005, de 31 de enero, fundamento de derecho segundo, ha delimitado este plano de la necesidad como “adecuación de la respuesta del agente del orden correspondiente a la gravedad del estímulo que justifica su conducta”.

Más concretamente, en otra sentencia posterior, el Tribunal entendió la necesidad en concreto, al igual que se ha señalado en líneas anteriores, como

“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

---

<sup>60</sup> Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, págs. 227-228; y Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, págs. 519-520.

<sup>61</sup> Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho penal: parte general.*, 4ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 322.

<sup>62</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M., *op cit.*, pág. 228

use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad”<sup>63</sup>

Para valorar la necesidad en concreto, Castillo Moro establece que se analizarán elementos tales como la idoneidad del medio empleado, la intensidad de la fuerza ejercida, el lugar al que se dirige el ataque, el contexto en que se produce el altercado, el número de agentes que intervienen, el grado de cualificación concreta que tengan de adiestramiento particular y profesional (conocimiento de deportes de contacto, defensa personal, etc.); ello determinará si, en el caso concreto, en la violencia ejercida había necesidad en concreto y si el agente actuó con criterios de oportunidad o proporcionalidad en sentido estricto<sup>64</sup>. Por su parte, Sánchez García señala como criterios a valorar las características del agente, del sujeto pasivo y las de la situación objetiva; así, se refiere concretamente a la condición física, formación profesional y entrenamiento del agente, experiencia en el manejo de las armas y medios disponibles a su alcance, y respecto al sujeto pasivo, debe tenerse en consideración su condición física, si va armado o no y en caso afirmativo el tipo de arma que porta<sup>65</sup>.

En suma, la necesidad en concreto supone la adecuación de los medios utilizados al caso realmente sucedido, por lo que se configura como un requisito inesencial, que podrá dar lugar a la apreciación de una eximente incompleta si resultara excesiva la violencia empleada<sup>66</sup>. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la AP de Madrid, número 69/2002, de 28 de junio, que aprecia una eximente incompleta en la actuación del agente de la autoridad que empleó un exceso de violencia sobre un ciudadano al producirse un enfrentamiento entre ambos a raíz de que el particular se abalanzara sorpresivamente sobre el policía, apreciando el tribunal que existe una necesidad en abstracto de recurrir a la fuerza, pero es en esa defensa en la que se produce el exceso, no solo por la diferente corpulencia entre el agente y el particular, sino también por la escasa entidad del ataque de este último, así como por la gran

---

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1262/2008, de 28 de diciembre, fundamento de derecho quinto.

<sup>64</sup> Castillo Moro, M., *op cit.*, pág. 320.

<sup>65</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, págs. 294 y 295.

<sup>66</sup> Morales Prats, F., *op cit.*; Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 130; y Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, pág. 228.

violencia ejercida al propinarle directamente un rodillazo, golpes y oprimirle en el cuello hasta producir una sensación de ahogo.

De todo lo expuesto, se aprecia la gran importancia de este principio, que fundamenta numerosas sentencias de nuestro TS. Así, a modo de ejemplo, podemos citar, en primer lugar, la sentencia número 159/2011, de 28 de febrero, fundamento de derecho primero, que alude al carácter primordial de la necesidad al establecer:

“De esa manera la cuestión en el nivel de la justificación o de la exclusión de la antijuridicidad y más precisamente, en el de la necesidad de la actuación 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”.

Otro ejemplo es la sentencia número 783/2016, de 20 de octubre, en que el TS legitima la actuación policial que desencadenó lesiones para el particular al entender que las causadas fueren leves y provocadas ante la necesidad de controlar los movimientos del sujeto.

Por otra parte, ha de establecerse que este principio posee una previsión legal en el art. 5.2.c) de la LOFCS, que lo recoge como principio básico de actuación de las fuerzas policiales, como hemos señalado al inicio de este trabajo. Refleja este precepto la positivización con distinta terminología de los criterios que ya habían sentado la doctrina y jurisprudencia; por ello, pretende Olmedo Cardenete establecer una equivalencia entre unos y otros, y así el requisito de la oportunidad se puede asemejar a lo que hemos analizado hasta ahora como necesidad en abstracto, exigiéndose la existencia de intimaciones o advertencias previas, cuya ausencia determinará que la violencia no sea oportuna, mientras que la congruencia se equipararía a la necesidad en concreto, el recurso al medio menos lesivo y más adecuado a la intensidad del comportamiento del atacante<sup>67</sup>. Por lo que se refiere al principio de la proporcionalidad, tendremos ocasión de analizarlo en el subepígrafe siguiente.

---

<sup>67</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, págs. 523-524.

Para concluir con el examen de la necesidad de la violencia, especial mención merece el uso de las armas por los agentes. Sobre la legitimidad del uso de las armas, se desprende del ya citado previamente art. 5.2. d) de la LOFCS.

El aspecto de la redacción legal que más problemas ha suscitado es el de la referencia de este último párrafo a la seguridad ciudadana, proponiendo un sector doctrinal interpretarlo en un sentido restrictivo, con intención de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como adición al primer supuesto contemplado en el artículo, limitando así el uso a los casos en que haya peligro para la vida o integridad de los agentes o de terceros<sup>68</sup>. Por el contrario, Luzón Peña entiende que esta segunda alternativa, es decir, el grave riesgo para la seguridad ciudadana, es un presupuesto independiente del primero, que contiene un concepto jurídico indeterminado que autoriza el uso de armas de fuego, si bien establece que se debe exigir que el riesgo para la seguridad ciudadana no sea grave, sino proporcionalmente más grave y, por tanto, habrá de tratarse no de meros actos de desorden público o reuniones o manifestaciones ilegales, sino de actos violentos tales como los supuestos de rebelión, sedición o ataques a la libertad o seguridad de personas o instituciones<sup>69</sup>.

Esta legitimidad se ampara también por la doctrina jurisprudencial, que reconoce que, cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, éstos tienen la facultad y el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones haciendo uso de medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, si bien debiendo tener en cuenta que tal recurso a las armas ha de hacerse tras haber agotado todos los medios pacíficos y disuasorios para que depongan la actitud violenta<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 528.

<sup>69</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, pág. 476.

<sup>70</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 9 de diciembre de 1986, fundamento de derecho sexto; número 1401/2005, de 23 de noviembre, fundamento de derecho quinto; número 778/2007, de 9 de octubre, fundamento de derecho noveno; y número 1010/2009, de 27 de octubre, fundamento de derecho noveno.

Asimismo, conviene precisar que Luzón Peña entiende que la previsión del art. 5.2. d) de la LOFCS no se limita al uso de las armas de fuego, sino que abarca las armas en general, incluidas las armas blancas, si bien éstas no son propias de las actuaciones policiales, salvo en los supuestos de fuerzas de operaciones especiales para casos de extrema gravedad, así como otro tipo de armas, tales como fusiles lanzadores de proyectiles de gomas o de cartuchos de gases o material antidisturbios<sup>71</sup>.

Por otra parte, el uso de armas debe modularse por el criterio de excepcionalidad, que se manifiesta en las variables de racionalidad y uso objetivamente imprescindible para el adecuado desempeño de la función, e ir acompañado de la previa amenaza del empleo de la fuerza, a la que previamente nos hemos referido al tratar la necesidad en abstracto, siendo ello de gran trascendencia en el empleo de las armas de fuego, en cuyo caso se manifiesta en un aviso de disparo siempre que el fin perseguido y las circunstancias del caso lo permitan, pudiendo omitirse tal aviso exclusivamente en algunos supuestos de defensa propia o de terceros, cuando de realizarse pueda poner en peligro la vida o integridad física del agente o de terceros; si las circunstancias del caso o la inobservancia por parte del particular frustran el aviso de disparo, se procederá a realizar un disparo de aviso<sup>72</sup>.

Esta exigencia de previa advertencia del uso de las armas se ha establecido también por la jurisprudencia del TS, que ya en sentencia de fecha 9 de diciembre de 1986, en su fundamento de derecho sexto, estableció que el empleo de las armas debe ir precedida de “conminaciones y requerimientos, efectuando, en su caso, previamente, disparos al aire o al suelo o sobre partes no vitales del ser físico de los delincuentes”.

En esta misma sentencia, la Sala Segunda viene a establecer, si bien de manera muy difusa, los casos concretos que legitiman el uso de las armas, disponiendo que:

“en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen 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 gravedad y capital importancia, pero si, la

---

<sup>71</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, pág. 476.

<sup>72</sup> Gómez Tomillo, M., *op cit.*, pág. 287; y Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 292.



transgresión no era especialmente trascendente, no cabrá calificar, el comportamiento de la Autoridad o el de sus agentes, como ajustado a derecho”.

A lo dispuesto se debe añadir la exigencia de cuidado y prevención extremo en el uso de las armas, adecuándose a las circunstancias y siendo proporcional a éstas, con lo que se pretende que:

“su uso por los profesionales queda reservado a aquellas situaciones en las que se trata de conjugar un riesgo racionalmente grave frente a bienes jurídicos especialmente tutelables, como serían la vida o integridad física propia o ajena o la seguridad supraindividual, debiendo verificar y calibrar los agentes la concurrencia de esta situación fáctica habilitante del uso de arma de fuego, de forma adecuada, proporcionada y necesaria”<sup>73</sup>.

Nuestros órganos jurisdiccionales se han pronunciado sobre el uso de las armas en numerosas ocasiones. Así, en sentencia número 1401/2005, de 23 de noviembre, fundamento de derecho quinto, nuestro Tribunal Supremo amparó el uso del arma por parte del agente de la autoridad al establecer que:

“[...] Ese uso fue correcto y el proporcionado a la situación a la que se enfrentó, es decir, que en el supuesto de autos no existió una evidente desproporción y por lo tanto, tampoco una acción imprudente por no guardar el cuidado que le era exigible atendidas las circunstancias concurrentes, pues: ninguna duda suscita la conveniencia y la proporcionalidad de hacer uso, el agente de la autoridad imputado, de un arma de fuego ya que su acción se desarrolló en el contexto operativo de vigilancia, espera y detención de una banda de atracadores peligrosos y posiblemente armados, y la misma tuvo por objeto repeler la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto, con el debido peligro que para su vida o integridad física implicaba la misma, peligro real y evidente que se materializó en los impactos de bala recibidos en su pierna y el chaleco antibalas que portaba”.

También las Audiencias Provinciales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto y, así, podemos citar la sentencia de la AP de Toledo número 31/2014, de 2 de diciembre, fundamento de derecho quinto, en que se legitima la conducta de un agente que, haciendo uso del arma, causa lesión al acusado, a consecuencia de un desvío en la trayectoria de la bala, considerando el tribunal que la actuación fue necesaria,

---

<sup>73</sup> Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, sentencia número 165/2006, de 11 de mayo, fundamento de derecho tercero.

proporcionada e imprescindible para evitar males mayores de terceros a la vista de la situación tensa en que se produjo el disparo y la proximidad de las personas que se hallaban junto al agente.

No obstante, existen también supuestos en que los tribunales han considerado el uso de las armas como una medida innecesaria. Un ejemplo de ello es la sentencia de la AP de Guipúzcoa número 165/2006, de 11 de mayo, fundamento de derecho quinto, que consideró inapreciable la eximente objeto de estudio, al llegar a la conclusión de que el uso del arma no fue necesario, proporcionado, idóneo ni racional, pues el agente disparó a un joven que trataba de huir bajo la creencia de que era miembro de un grupo terrorista, entendiéndose la Sala que la actuación del agente estuvo motivada por negligencia profesional, pues éste no analizó la situación en su conjunto, verificación que, de haber llevado a cabo, le hubiera permitido adoptar una actuación distinta al particular y prescindir de un uso innecesario del arma para la mera inmovilización de un presunto delincuente que, finalmente, resultó no ser tal.

Especialmente relevante en este punto es también el caso en que se hace uso del arma al emprender el delincuente o presunto delincuente la huida. Determinados autores consideran que, con la aprobación de la LOFCS, queda patente la ilegalidad del disparo indiscriminado en la huida del delincuente, quedando el agente liberado del deber de practicar la detención, entendiéndose que el empleo del arma solo se podrá hacer con una finalidad intimidatoria y no compulsiva, a excepción de que exista riesgo para la vida o integridad del propio agente o de terceros o represente en sí misma un peligro grave para la seguridad ciudadana, en cuyo supuesto se debe realizar el disparo en zona no vital, salvo que la muerte sea la única forma posible de evitar el riesgo existente<sup>74</sup>.

En este sentido, podemos citar la STS de 20 de abril de 1990, en que un agente de la Guardia Civil, creyendo que su compañero había sido alcanzado por un vehículo que trataba de huir, realizó, al tiempo que el vehículo le había sobrepasado, varios

---

<sup>74</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 533; y Coco Vila, I., “Tirar a matar en cumplimiento de un deber: una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pág. 17.

disparos al aire y, al no detenerse el vehículo, disparó a las ruedas, uno de los cuales alcanzó mortalmente al conductor. En este supuesto, entendió la Sala Segunda que:

“El disparar al aire o incluso a las ruedas del vehículo, puede ser una conducta que guarde proporción, que es racionalmente imprescindible, para impedir la fuga de quien se cree que ha podido 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 la eximente completa ni incompleta prevista por el art.8.11 del Código Penal. [...] El resultado además era previsible, y debió ser previsto, por tratarse de un vehículo en marcha y a la hora nocturna”.

Por lo que respecta a la causación dolosa de la muerte, esto es, la legalidad de la orden de tirar a matar, se produce una colisión entre el derecho a la vida reconocido por el art. 15 CE y el interés en la seguridad pública que la doctrina resuelve dando primacía al derecho a la vida y ello porque el principio de dignidad humana reconocido en el art. 10 CE impide considerar la vida humana como un medio para alcanzar fines de seguridad pública, entendiendo que en estos supuestos concretos no nos encontramos ante un exceso intensivo, sino ante un supuesto de absoluta falta de legalidad al emplearse un medio prohibido por el ordenamiento<sup>75</sup>. Ahora bien, otros autores han matizado tal situación, y así se entiende que la causación de la muerte estará justificada en casos en que la única forma de salvar la vida a un inocente sea disparando contra el agresor, existiendo en estos supuestos una obligación de hacer uso de las armas al ser el único medio necesario y eficaz con el que cuenta el agente para cumplir con su función<sup>76</sup>.

En tal sentido se pronuncia también Sánchez García, que parte de la prohibición de matar que se desprende del derecho a la vida—que aparece ponderado con el interés de asegurar la detención, la neutralización del delincuente o con el mantenimiento del orden y seguridad públicas— argumentando tal prohibición en el hecho de que el respeto a la dignidad humana y el derecho a un proceso con las garantías debidas impiden que el interés en el cumplimiento de la misión constitucional asignada a las FCS pueda prevalecer sobre la protección del derecho a la vida; no obstante, señala a

---

<sup>75</sup> Gómez Tomillo, M., *op cit.*, págs. 289-290.

<sup>76</sup> Coco Vila, I., *op cit.*, pág. 20.

continuación la citada autora que tal proscripción no es absoluta, pudiendo encontrar justificación jurídico-penal el resultado mortal en casos de autodefensa<sup>77</sup>.

En cuanto a los supuestos de actuación coactiva de las fuerzas policiales en casos de violencia colectiva, Gómez Tomillo defiende que, ante la imposibilidad de individualizar a los presuntos culpables de la actuación delictiva, lo adecuado es el uso de armas de efectos lesivos temporales, excluyéndose el uso de las armas ante multitudes, salvo en situaciones de defensa legítima, a la vista de la suficiencia de armas menos lesivas y el peligro para la integridad o vida de terceros inocentes<sup>78</sup>.

Como conclusión, observamos que, si bien la ley establece la posibilidad del recurso a las armas, estando la misma amparada también por la doctrina jurisprudencial, tal referencia se realiza de manera vaga, sin que existan unos parámetros concretos que señalen cuáles son las situaciones ni la forma de su empleo, debiendo atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, y no solo al principio de necesidad, sino también al de proporcionalidad en su empleo, por lo que la determinación de cuándo procede el uso de las armas no se puede realizar de manera definitiva en este apartado, debiendo atender también al principio de proporcionalidad que a continuación examinaremos y en que se hará referencia a esta cuestión.

### 3.2.3. PROPORCIONALIDAD EN EL USO DE LA FUERZA

Establecida la necesidad de la intervención violenta, es preciso realizar un examen posterior a tal decisión sobre la relación entre el medio empleado y el fin pretendido. A ello se ha referido también la doctrina jurisprudencial, al exigir como requisito de la aplicación de la eximente la proporcionalidad de la violencia empleada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública<sup>79</sup>, pues una conducta puede ser necesaria, pero incumplir el requisito de proporcionalidad.

---

<sup>77</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, págs. 297-300.

<sup>78</sup> Gómez Tomillo, M., *op cit.*, pág. 290.

<sup>79</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 26/2005, de 22 de enero, fundamento de derecho tercero; y 1010/2009, de 27 de octubre, fundamento de derecho noveno.

De esta forma, este requisito de la proporcionalidad supone acoger un parámetro de ponderación que debe sentarse en la gravedad de la infracción que el agente pretende evitar con su intervención; de este modo, el empleo de la fuerza debe quedar condicionado a supuestos de gravedad y guardar una relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho, prohibiendo los excesos<sup>80</sup>. En tal sentido, la Sala Segunda ha establecido que:

"Ha de ponerse en relación directa con la importancia o trascendencia de la infracción concreta que se trata de evitar mediante la actuación en cumplimiento del deber, sin perder de vista que no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les pueden 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<sup>81</sup>".

Por su parte, Sánchez García entiende este principio como "la prohibición de desproporción, de establecimiento de desigualdades arbitrarias, no fundadas en razones objetivamente justificables", estableciendo a continuación que, en estos supuestos, este principio se traduce en elegir el medio más moderado de entre los varios existentes y que el daño guarde relación con el peligro que se trata de evitar<sup>82</sup>.

A los efectos que nos ocupan en este trabajo, el significado que un importante sector doctrinal otorga a este principio de proporcionalidad es el de ponderación de intereses, lo que implica efectuar un juicio previo por parte del agente donde se valoren los bienes en juego a fin de decidir si la fuerza que se pretende usar justifica el objeto perseguido, de forma que se prohíbe la lesión o puesta en peligro de intereses jurídicos de mayor relevancia y protección que el mal que se pretenda eludir<sup>83</sup>. A ello se refiere también Sánchez García, que, partiendo de una equiparación entre los principios de proporcionalidad y de ponderación de intereses, entiende que aquél consiste en una comparación de las ventajas y desventajas de la situación, tanto para los ciudadanos implicados como para la generalidad de la comunidad, de forma que las primeras sean

---

<sup>80</sup> Morales Prats, F., *op cit.*

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 263/2008, de 20 de mayo, fundamento de derecho cuarto.

<sup>82</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, págs. 134 y ss.

<sup>83</sup> Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 498; Morales Prats, F., *op cit.*; y Córdoba Roda, J., García Arán, M., *op cit.*, pág. 229.

superiores a las segundas; además, concreta esta autora que la ponderación de los intereses en conflicto no debe realizarse de manera meramente abstracta, sino que se debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias y de bienes jurídicos afectados en el caso concreto, no solo las implicadas de forma directa e inmediato y, además, se requiere tener en consideración la intensidad de la lesión o puesta en peligro para los bienes afectados<sup>84</sup>.

Se deduce de lo anterior que, si la infracción que se trata de evitar no es grave, este principio de proporcionalidad impedirá recurrir a la fuerza y, aun concurriendo un grado de gravedad en la causa motivadora del uso de la fuerza, ésta, en todo caso, deberá mantener esa proporcionalidad, debiendo tener en cuenta que, en ocasiones, se pueden lesionar bienes jurídicos que individualmente considerados son de mayor importancia que la gravedad de la infracción, es decir, que puede prevalecer un bien sobre otro de rango superior siempre que la lesión del primero sea superior a la del segundo, con justificación en la existencia del deber de preservar el Derecho y los intereses ajenos, siendo un ejemplo de ello la lesión de la integridad física de un particular a favor de la protección de la seguridad y orden públicos<sup>85</sup>.

Ésta es también la postura adoptada por Cervelló Donderis, que entiende que, en virtud del principio de preponderancia de intereses, la conducta típica cometida por el agente policial resultará justificada siempre que nazca la obligación de actuar con empleo de la violencia para cumplir con la misión encomendada, es decir, que uso sea imprescindible por ineficacia de otros medios, previo examen conforme a deber de la necesidad racional de la violencia y de las consecuencias que su uso puede producir teniendo en cuenta el orden de preponderancia de los valores del ordenamiento jurídico, de modo que, solo cuando su uso genere un daño menor que su no empleo, podrá justificarse su utilización para evitar males de mayor gravedad y proteger bienes jurídicos de superior valor<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 302.

<sup>85</sup> Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *op cit.*, pág. 130; y Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 302.

<sup>86</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, págs. 29-30; Morales Prats, F., *op cit.*

Además, se debe precisar que existen límites objetivos a dicha ponderación de intereses, pues, cuando se trate de conductas abusivas, arbitrarias o vejatorias, debería prevalecer en todo caso la dignidad humana frente a los demás intereses en conflicto, pues éste constituye el principio alumbrador de la ponderación de intereses, que no puede ser resuelto en forma tal que comprometa dicho principio, por lo que no cabe la práctica de torturas u otras conductas que supongan trato inhumano a degradante o que menoscaben la integridad moral —prohibidas expresamente por el art. 15 CE—, ya que en tal caso no cabe aplicar una eximente, ni completa ni incompleta<sup>87</sup>.

Ahora bien, hay que diferenciar las prácticas citadas en el párrafo anterior, que constituyen un ejercicio ilegítimo y extralimitado de la función, de aquellas otras en que el uso de la fuerza es necesario, pero se lleva a cabo de manera inadecuada, pues, en este segundo supuesto, a diferencia del anterior, el empleo de la violencia está justificado aunque exista un exceso intensivo en los medios o su intensidad, siendo de posible aplicación la eximente.

En cuanto al momento en que se debe realizar dicha ponderación, ésta debe efectuarse por los agentes con carácter previo al inicio de la actuación para determinar si es necesaria, proporcional y correcta, si bien ello no obsta a la ponderación posterior por parte de los órganos judiciales<sup>88</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia dispone que esta ponderación debe estar precedida por un juicio sereno, reflexivo, cuidadoso y legal, que debe presidir tanto la necesidad de intervenir como la proporcionalidad y lesividad del comportamiento<sup>89</sup>.

Al principio de proporcionalidad se refiere también expresamente, como ya se ha señalado, la LOFCS como criterio básico de actuación de las fuerzas policiales, si bien no ofrece una definición del mismo. Para ello podemos acudir a la Instrucción 12/2007, de la Secretaría del Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos

---

<sup>87</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, págs. 29-30; Morales Prats, F., *op cit.*; y Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 527.

<sup>88</sup> Nacarino Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 400.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 608/2019, de 11 de diciembre, fundamento de derecho cuarto.

a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, que establece que

“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”.

Se observa que la citada instrucción dota al principio de proporcionalidad de un contenido más próximo al de la necesidad en concreto en los términos previamente analizados y no a la ponderación de intereses con el que la mayoría del sector doctrinal liga este principio. Y, en tal sentido, conviene precisar la diferencia entre ambas, para evitar tal confusión; así, siguiendo a Sánchez García, podemos entender que el principio de necesidad está dirigido a comparar los distintos medios al alcance del agente, para elegir el más idóneo para el fin perseguido y, por tanto, el menos lesivo, siendo indiferentes en la valoración de este principio las ventajas y desventajas que produce el concreto medio empleado, en tanto que el principio de proporcionalidad atiende a una relación normativa entre medio y fin, realizando una ponderación acerca de si el concreto medio utilizado está justificado en atención a la meta perseguida<sup>90</sup>.

De lo expuesto, podemos concluir que el principio de proporcionalidad supone una ponderación de bienes en conflicto, debiendo valorar si la fuerza que se pretende ejercer sobre los bienes justifica el fin perseguido. No existen unos específicos parámetros que señalen cuándo una actuación policial ha de considerarse proporcionada, debiendo formularse los criterios concretos en relación con cada práctica concreta, siendo ello función de los órganos jurisdiccionales, que han tenido

---

<sup>90</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 139.



diversas ocasiones de pronunciarse sobre la proporcionalidad de las prácticas policiales. De manera sucinta, citaremos algunas de estas resoluciones.

Así, el Auto del TS 1157/2014, de 18 de junio, en su fundamento de derecho segundo, no ampara la detención efectuada por un agente de policía local, al considerarla desproporcionada, a la vista de las circunstancias del caso, pues la situación que dio lugar a la intervención policial fue el control del ruido en un establecimiento y, si bien la actitud del particular no fue colaboradora, el resultado lesivo causado por el agente fue excesivo, entendiéndose el tribunal que la actividad del agente es incompatible con la sujeción que debe guiar una actuación policial e inaplicando por ello la eximente del art. 20.7 CP.

Posteriormente, en STS 258/2016, de 1 de abril, fundamento de derecho tercero, la Sala Segunda desestimó la aplicación de la eximente completa de cumplimiento del deber al entender que faltaba la proporcionalidad entre el uso de facultades que tienen atribuidas las fuerzas del orden público para cumplir con su función, empleando en este caso las armas de fuego reglamentarias, y el hecho de abrir fuego, con plena conciencia de la posibilidad de causar lesiones e incluso la muerte, a los sospechosos de la comisión de un delito que huían en un vehículo. Ahora bien, interesante es esta sentencia dado que, si bien no aprecia la eximente completa, **sí** lo hace como incompleta, entendiéndose que concurren los elementos esenciales de la eximente.

Se desprende de ello que este elemento tiene carácter inesencial, pudiendo dar lugar a una eximente incompleta en supuestos de excesos siempre que se cumplan los restantes requisitos esenciales de la eximente.

Finalmente, por lo que respecta al uso de las armas, como hemos dicho previamente, su uso no solo debe ser necesario, sino también proporcionado, pues pueden existir supuestos en que sea preciso acudir a tal medida, pero la forma concreta de empleo no resulta adecuada a las circunstancias del caso.

En la sentencia número 1404/1997, de 22 de noviembre, el TS enjuició un supuesto en que un agente policial hizo uso del arma reglamentaria ante una persona que, tras abandonar el vehículo averiado, inició la huida a pie dando la espalda al agente, sin constituir un riesgo ni para él ni para terceros, por lo que, en tales circunstancias, el recurso al arma fue desproporcionada e incluso innecesaria para repeler un presunto riesgo, en aquel momento inexistente.

Y también resulta de interés la sentencia del TS número 423/2002, de 12 de marzo, relativa a una actuación policial en que el agente disparó sobre un vehículo a la vista de los maniobras bruscas que estaba realizando con el fin de inmovilizarlo, impactando el proyectil sobre una tercera persona que finalmente fallece; entendió la Sala Segunda inaplicable la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, dado que no existía riesgo para la vida de nadie que hiciera necesario el uso del arma y desproporcionado en las circunstancias del caso concreto.

#### 3.2.4. RESISTENCIA O ACTITUD PELIGROSA POR PARTE DEL SUJETO PASIVO

Como último requisito se exige la actitud agresiva del sujeto sobre el que recae la actuación policial. Como señala Cervelló Donderis, “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 existen otros medios susceptibles de ser utilizados”<sup>91</sup>.

Compartimos esta afirmación, pues, al valorar la necesidad de la violencia en su vertiente abstracta para cumplir con la función, el agente deberá atender, entre otras circunstancias, a la actitud agresiva adoptada por el sujeto, pues, si ante una actuación policial el sujeto no se resiste, sino que coopera y obedece las órdenes, no cabe recurso alguno a la fuerza, toda vez que el mismo sería absolutamente innecesario.

Por otra parte, conviene delimitar este requisito, que requiere la valoración de la actitud adoptada por el sujeto de resistencia o falta de colaboración, de la exigencia de agresión —fase ya superada como hemos señalado— que no respeta el principio de

---

<sup>91</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, pág. 33.

legalidad al suponer un plus que el CP no recoge, produciéndose una confusión con el ámbito de aplicación de la legítima defensa<sup>92</sup>.

A este requisito se refiere también la jurisprudencia, pudiendo citar, a modo de ejemplo, la sentencia número 78/2004, de 1 de junio, de la sección 3ª de la AP de Cantabria, que enjuicia la actitud de un agente de policía que, sin haber sido objeto de previa agresión, propina varias bofetadas a los sujetos pasivos por el simple hecho de oírles decir agua, entendiendo la Audiencia que el recurso a la violencia es innecesario ante las circunstancias del caso, apreciando por ello una eximente incompleta.

De esta sentencia podemos destacar dos cuestiones interesantes. En primer lugar, la Audiencia se refiere a “previa agresión”, por lo que identifica la actitud de resistencia o peligrosa, definida como requisito de la eximente, con la necesidad de una agresión, equiparación que consideramos poco adecuada toda vez que la actitud de desobediencia puede manifestarse también en otras conductas en las que puede no haber ataque físico. Y, en segundo lugar, la aplicación de la eximente como incompleta nos lleva a concluir que este requisito se configura como inesencial, toda vez que su inobservancia puede, no obstante, dar lugar a aplicar la causa de justificación.

Por su parte, la sección 2ª de la AP de Madrid, en sentencia número 132/2008, de 6 de marzo, aplica la eximente completa de cumplimiento del deber, al entender como necesario el uso de la fuerza empleada, argumentando la misma en la actitud de resistencia del sujeto pasivo, que no solo se opuso a la detención, sino también ejerció violencia, arrancando la chapa del uniforme y rasgando la camisa del agente.

Para concluir con este apartado, debemos hacer referencia a dos de los aspectos más problemáticos que presenta la actitud del sujeto pasivo.

El primero de ellos es el caso del sujeto que emprende la huida ante el requerimiento del agente, cuestión que hemos tratado más minuciosamente en los apartados anteriores, por lo que, simplemente, nos limitaremos a señalar que, en tales supuestos, entienden tanto doctrina como jurisprudencia que el recurso a la fuerza, y

---

<sup>92</sup> Ídem.

especialmente a las armas de fuego, será innecesario e injustificado, debiendo tal solo acudir a las mismas en caso de grave riesgo y atendiendo al principio de menor lesividad.

El segundo supuesto se refiere al del sujeto pasivo que muestra resistencia pasiva a los agentes, siendo tales prácticas frecuentes en casos de reuniones o manifestaciones. En este contexto se produce una colisión entre el derecho de reunión, garantizado en el art. 21 CE, y la misión policial de garantía de la seguridad ciudadana u orden público.

Si se trata de reuniones o manifestaciones lícitas, el recurso a la fuerza solamente estará amparado si existe previa agresión directa a los agentes o una alteración del orden público, lo que producirá una conversión de la manifestación lícita en ilícita y con ello legitimará su disolución<sup>93</sup>.

Por su parte, Cervelló Donderis realiza una distinción entre reuniones no autorizadas y aquellas otras en las que, autorizadas o no, concurren actos de alteración del orden público u otros ilícitos. En la primera hipótesis, toda vez que se trata de una mera infracción administrativa, no pueden dar lugar a la detención, salvo que se produzca una resistencia activa a la autoridad en caso de un desalojo, y no cabe uso legítimo de la violencia policial, salvo en casos de agresión a los agentes; en cuanto a la segunda modalidad, está autorizado el uso de la fuerza, debiendo valorar su necesidad o no, que solo estará justificada cuando se considere que la reunión está alterando el orden público y creando peligro para personas y bienes, y la racionalidad del medio empleado<sup>94</sup>.

Además, establece la citada autora que:

“La referencia general a la protección de la seguridad ciudadana como motivo que justifique la intervención forzosa en el desalojo de reuniones o manifestaciones tampoco puede admitirse, porque debe interpretarse en términos de seguridad jurídica y sólo permitir actuaciones excepcionales, sin generalizar en ningún caso las restricciones a la

---

<sup>93</sup> Nacarino Lorente, J.M., *op cit.*, pág. 452.

<sup>94</sup> Cervelló Donderis, V., *op cit.*, págs. 38-43

libertad individual, sino por el contrario reducirlas con criterios de legalidad y proporcionalidad, por ello sólo en el caso de que haya riesgo para los derechos y libertades individuales por la actitud pasiva de quienes se oponen a seguir las instrucciones policiales, lo que difícilmente puede ocurrir, el uso a la fuerza puede, en su caso, estar legitimado”<sup>95</sup>.

Por lo que respecta al posible uso de las armas en tales supuestos, como regla general, debe estimarse prohibido su empleo frente a multitudes, a salvo los supuestos en que el comportamiento violento de alguno pueda dar lugar a una defensa legítima por parte del agente que requiera su uso, estando tal prohibición fundamentada tanto por la ausencia de necesidad o menor lesividad, como por la falta de proporcionalidad al poner en peligro la vida de terceros inocentes no implicados en los actos<sup>96</sup>.

#### **4. CUMPLIMIENTO DEL DEBER COMO EXIMENTE INCOMPLETA Y TRATAMIENTO DEL ERROR**

Al analizar los requisitos de la eximente de cumplimiento de un deber hemos señalado el carácter esencial o no de cada uno de ellos, siendo ello de relevancia a la hora de determinar la aplicación o inaplicación de esta causa de justificación. Así, de concurrir todos los presupuestos, se aplicará la eximente completa, surgiendo los problemas en aquellos casos en que falte alguno de los elementos.

Cuando falte un elemento esencial, esto es, la condición de autoridad o agente de la misma y la necesidad en abstracto del uso de la fuerza, se producirá un exceso extensivo, que puede ser definido como “propio de situaciones de ausencia de un elemento fundamental de la eximente, estando presente la situación objetiva básica de la justificación”<sup>97</sup>, no pudiendo en este caso aplicarse la eximente ni como completa ni como incompleta, toda vez que la conducta sigue siendo material y formalmente antijurídica, por lo que procederá el castigo del agente por el delito cometido a título de dolo o culpa, este último solo en los casos en que la Ley lo señale expresamente, según dispone el art. 12 CP.

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>96</sup> Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 312.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pág. 164.

En estos supuestos de falta de elemento esencial, el agente actuará con plena conciencia y voluntad, sabiendo que no posee la habilitación legal, por haber perdido su condición de autoridad o por actuar por motivos ajenos a la función que tiene encomendada, o bien haciendo un uso consciente de una fuerza innecesaria, entendida en sentido abstracto.

Un ejemplo de ello puede ser la STS número 949/2013, de 19 de diciembre, en que la Sala Segunda confirma la inaplicabilidad de la eximente de cumplimiento del deber y condena a un agente por entender que el recurso a la fuerza fue racionalmente innecesario ante la actitud de un ciudadano simplemente molesto, que no representaba peligro alguno, máxime si se tiene en cuenta que el agente contaba con el apoyo de otros dos compañeros.

Más recientemente, la Sala Segunda, en sentencia número 128/2022, de 16 de febrero, ha tenido ocasión de confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que desestima la aplicación de la eximente objeto de estudio por entender que el policía no tenía obligación de actuar así con los detenidos que se encuentran bajo su custodia, ni puede entenderse que con tal conducta esté ejerciendo legítimamente su cargo de agente de la autoridad.

Ahora bien, cuestión distinta es que el agente se represente erróneamente estar obrando en cumplimiento del deber, produciéndose en este caso un error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Como punto de partida para el análisis de tal asunto, se debe tener en cuenta que el sector doctrinal distingue dos clases: error de tipo, referido al hecho y regulado en los apartados 1 y 2 del art. 14 CP<sup>98</sup>, y error de prohibición, que recae sobre la valoración de la ilicitud del hecho, y aparece tipificado en el art. 14.3 CP<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> El error invencible sobre la ilicitud 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.

Para estos supuestos de error, un importante sector doctrinal se inclina por la aplicación del error de tipo. Así, Sánchez García considera que procede apreciar una responsabilidad a título de culpa<sup>100</sup>. En sentido idéntico se pronuncia Mir Puig<sup>101</sup>, que entiende que, en este caso, tratándose de un elemento esencial, se debe distinguir según que el error sea invencible, en cuyo caso se excluirá la responsabilidad criminal, o vencible, debiendo castigar la infracción como imprudente, según el art. 14.1 CP.

Por su parte, Luzón Peña considera que, en estos casos, nos encontramos ante un error objetivamente invencible sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, por lo que tal error no será imputable por ausencia de dolo o imprudencia en aplicación de la regla del art. 14.1 CP; no obstante, a continuación, señala que:

“Hay que destacar que también en la actuación policial hay algún supuesto en que para el tratamiento de dicho error objetivamente invencible no hace falta recurrir a las reglas del error del art.14.1, sino que se resuelve ya en la propia causa de justificación de ejercicio legítimo del cargo policial como un supuesto especial de riesgo permitido; así sucede cuando, como hemos visto, el art.5.2.d) permite el uso de las armas cuando haya un riesgo racionalmente grave para la vida o la integridad, lo que remite la propia causa de justificación a la creencia o juicio racionalmente fundado *ex ante* de un buen profesional sobre cuándo concurre ese riesgo grave dadas las circunstancias del caso, lo cual no variará aunque *ex post* se compruebe que no existía tal riesgo grave, en cuyo caso, tal uso legítimo del uso de las armas dentro del ejercicio del cargo policial constituye una causa de justificación excluyente del desvalor de la acción aunque subsista el desvalor del resultado”<sup>102</sup>.

Sin embargo, solución contraria a la doctrinal es la aportada por la jurisprudencia, que entiende aplicable en estos supuestos un error de prohibición, con las consecuencias que para el mismo regula el art. 14.3 CP, y no el error de tipo propuesto por la doctrina. Y, así, en sentencia número 608/2019, de 11 de diciembre, fundamento de derecho cuarto, el TS ha señalado que:

---

<sup>100</sup> *Ibidem* pág. 165.

<sup>101</sup> Mir Puig, S., *op cit.*, págs. 494 y ss.

<sup>102</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, págs. 477-478.

“Pese a la discrepancia doctrinal que existe sobre la regla penológica aplicable a aquellos supuestos en los que el error sobreviene sobre el presupuesto objetivo de la justificación, nuestra jurisprudencia ha aplicado la solución que para el error de prohibición refleja el artículo 14 del Código Penal, con independencia de que el error fuera vencible o invencible. Es indiscutible que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad criminal, pero aunque algunos sectores doctrinales sostienen que cuando el error es vencible y recae sobre los presupuestos determinantes de la justificación nos encontramos ante un error de tipo que conduce a que los hechos se sancionen a título de imprudencia, nuestra jurisprudencia ha destacado la plena aplicación de la regla penológica que para el error vencible de prohibición establece el artículo 14.3 del Código Penal; no solo respecto de la legítima defensa putativa y el error sobre sus presupuestos objetivos, sino también cuando la creencia equivocada se proyecta sobre los presupuestos que impulsan la actuación profesional defensiva en el cumplimiento del deber”.

Idéntica solución a la jurisprudencial alcanza Morales Prats, que entiende que, en supuestos en que el agente sufre un error en la ponderación sobre la necesidad del recurso a la fuerza, deberán aplicarse las reglas del error de prohibición del art. 14.3 CP, tratándose de un caso de error vencible de prohibición toda vez que al agente debió obrar con un deber de cuidado, que en este caso se concreta en un deber de información, en la consideración de la necesidad del uso de la violencia<sup>103</sup>.

También Olmedo Cardenete considera que el tratamiento más idóneo para estos casos es el error de prohibición, si bien este autor considera que apreciar este tipo de error no impide que, cuando el mismo sea vencible, se estime que la conducta del agente es imprudente<sup>104</sup>.

Por lo que respecta a la falta de un requisito inesencial, que aquí son la necesidad en concreto, la proporcionalidad y la resistencia por parte del sujeto pasivo, nos encontraremos ante un supuesto de exceso intensivo, en que podrá aplicarse la eximente ahora analizada como incompleta, según el art. 21.1º en relación con el art. 20.7 CP, debiendo imponerse la pena inferior en uno o dos grados, según dispone el art. 68 CP, “atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y

---

<sup>103</sup> Morales Prats, F., *op cit.*

<sup>104</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 570.



las circunstancias personales del autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

En el análisis de este exceso intensivo podemos distinguir según que el mismo sea doloso o imprudente. El exceso doloso se produce cuando el sujeto actúa con conocimiento y voluntad de causar el resultado típico, entendiendo Olmedo Cardenete que la existencia de este exceso no supone la imposibilidad de entender que existía una necesidad en abstracto del recurso a la fuerza, por lo que procede aplicar la atenuante por la vía señalada anteriormente, siempre y cuando no se produzca tal desproporción que quede evidenciada una intención incompatible con el ánimo de actuar en cumplimiento del deber<sup>105</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia también entiende que, en estos casos de excesos intensivos, cabe la apreciación parcial de esta causa de justificación. Dado que la doctrina jurisprudencial al respecto es abundante, nos limitaremos aquí a mencionar algunas sentencias a modo de ejemplo.

Así, en sentencia del TS, número 258/2016, de 1 de abril, considera la Sala Segunda que es de aplicación la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.7 del CP, toda vez que concurren los elementos esenciales, esto es, que los agentes actuaron en ejercicio de su cargo y cumpliendo con su deber, aunque fuera de manera excesiva, respondiendo a la actitud desobediente de quienes incumplieron sus órdenes y no se detuvieron, no sólo porque el vehículo en que circulaban constaba como sustraído, sino porque además habían sido requeridos por otro agente fuera de servicio, así como realizando maniobras peligrosas, con lo que se creó además una situación de peligro para quienes circulaban adecuadamente; si bien señala el Tribunal que la eximente se aplica como incompleta al faltar la necesaria proporcionalidad entre la situación y los medios concretos empleados para solventarla.

También en sentencia número 26/2005, de 22 de enero, la Sala Segunda se pronuncia sobre la aplicabilidad o no de esta eximente en un supuesto en que un agente de la policía nacional, ante un forcejeo y tras intentos de esposar al detenido, golpea en

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, págs. 561-562.

la cabeza del mismo, causando lesiones, estimando el TS que concurre la eximente incompleta de cumplimiento del deber al entender que hubo una extralimitación en el uso del medio empleado y, por tanto, falta de proporcionalidad en la actuación, si bien los requisitos esenciales de la causa de justificación sí concurren, razón por la que estima el recurso interpuesto, casa la sentencia y dicta una segunda sentencia condenando por delito de lesiones con aplicación de la eximente incompleta de cumplimiento del deber y correspondiente rebaja de la pena. Y, como otros supuestos en que nuestra jurisprudencia aplica como incompleta esta causa de justificación, pueden citarse las sentencias del TS, número 608/2019, de 11 de diciembre, y número 17/2003, de 15 de enero, y la sentencia de la AP de Madrid, sección 16ª, número 291/2015, de 21 de abril.

En cuanto al exceso intensivo imprudente, concurre en supuestos en que el agente, por una incorrecta o descuidada actuación o apreciación de la situación, se excede en la ejecución de los límites de la necesidad o proporcionalidad, causando así al sujeto lesiones, o incluso la muerte, proponiendo para estos casos Luzón Peña una justificación incompleta de la actuación y, por ende, la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1<sup>106</sup>.

En términos generales, la doctrina se muestra favorable a estimar en estos supuestos la eximente incompleta, y ello porque la existencia de la necesidad de recurrir a la fuerza en abstracto refleja un menor contenido de injusto, un menor desvalor del resultado, que legitima el recurso a la coacción pública, por lo que la actuación aparece justificada parcialmente<sup>107</sup>.

Respecto a la valoración jurisprudencial del exceso intensivo culposo, conviene señalar que la jurisprudencia durante años mantuvo una posición contraria a aplicar en estos casos la eximente incompleta<sup>108</sup>. No obstante, parece que tal postura ha ido variando y, en sentencias posteriores, se ha mostrado favorable a la aplicación; así, en sentencia del TS número 192/1997, de 14 de febrero, el Tribunal entiende que la

---

<sup>106</sup> Luzón Peña, D.M., *op cit.*, pág. 478.

<sup>107</sup> Ídem; Olmedo Cardenete, *op cit.*, pág. 564; y Sánchez García, M.I., *op cit.*, pág. 169.

<sup>108</sup> Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1987; 18 de noviembre de 1988; y de 29 de junio de 1990.

actuación del agente puede calificarse de imprudente ponderando la cualidad y desatención del agente y a la entidad del deber objetivo de cuidado infringido.

También las Audiencias Provinciales aceptan la aplicación de esta eximente incompleta a título de culpa. A modo de ejemplo, podemos citar, entre otras, la sentencia de la AP de Castellón, Sección 2ª, número 20/2002, de 28 de junio, que establece que, toda vez que en el caso concreto solo es posible reconocer el juego incompleto de la causa de justificación de eximente de cumplimiento del deber, ello lleva a que se reproche la actuación del acusado a título de imprudencia al entender que en el caso enjuiciado no hay una necesidad en concreto de realizar tiros a la rueda de un coche para evitar la fuga de sus ocupantes.

En los supuestos de exceso intensivo también puede producirse el error, debiendo señalar para tales casos que el error sobre un presupuesto accidental o secundario debe calificarse como un comportamiento imprudente, considerando, además, Olmedo Cardenete que, en estos casos, procede la aplicación de la eximente incompleta del art. 21. 1º en relación con el art. 20.7 del CP<sup>109</sup>.

Por su parte, Mir Puig entiende que, en caso de ausencia de la necesidad en concreto o de la proporcionalidad, si se trata de un error vencible, la imprudencia debe atenuarse y sobre ella se aplicará la eximente incompleta: ésta porque concurre la necesidad en abstracto de acudir al uso de la violencia y aquélla porque el concreto grado de fuerza se empleó por un error vencible<sup>110</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

I. Las actuaciones de las fuerzas policiales encuentran su habilitación legal, y la del uso de la fuerza, en la misión que les encomienda nuestra CE, si bien ésta remite a la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se constituye en la norma básica reguladora de la actuación policial, que recoge las funciones, así como los principios

---

<sup>109</sup> Olmedo Cardenete, M., *op cit.*, pág. 575.

<sup>110</sup> Mir Puig, S., *op cit.*, págs. 498-499.

básicos que han de guiar la actuación, esto es, congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

II. En el ámbito internacional, cuya normativa sirve de sustento a la citada ley orgánica, existen diversos textos normativos que hacen referencia de modo más o menos directo a la actuación policial y al uso de la fuerza, siendo los más importantes la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por la que se aprueba la Declaración sobre la Policía y la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, por la que se aprueba el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, que, con carácter general, establecen la necesidad del empleo de la fuerza y su proporcionalidad, señalando su carácter excepcional.

III. Nuestro CP también recoge una referencia a las actuaciones policiales, en este caso, en orden a justificar penalmente su actuación en caso de que, en ejercicio de sus funciones, incurran en una conducta antijurídica. Tal exención de responsabilidad está recogida en el art. 20.7 CP, considerando la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país que ésta tiene la naturaleza de una causa de justificación y como fundamento el principio del interés preponderante.

IV. A la vista de la ausencia de concreción legal en el citado art. 20.7 en cuanto a los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal, nuestro TS, a través de una jurisprudencia consolidada, ha dotado de contenido a este precepto recogiendo como requisitos: 1º. Que el sujeto activo sea autoridad, agente de ésta o funcionario público en el ejercicio de sus funciones; 2º. Que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario; 3º. Que la medida de fuerza sea proporcionada; 4º. Que concurra un grado de resistencia o actitud peligrosa por el sujeto activo.

V. El primer requisito señalado ha sido estudiado desde dos perspectivas, una orgánica, esto es, que el sujeto activo sea autoridad, agente de ésta o funcionario público, gozando los miembros de las FCS de la condición de funcionarios públicos, siendo posible extender la aplicación de esta eximente a los vigilantes de seguridad pese a carecer de tal condición; y otra funcional, que requiere que el sujeto se halle en el ejercicio de sus funciones en el momento de comisión del hecho, abarcando también

los supuestos en que se actúa fuera de servicio, actuando este requisito como esencial para la aplicación de la eximente.

VI. La necesidad del empleo de la fuerza se estudia desde dos planos diferenciados: necesidad abstracta y concreta. La primera supone comprobar la ineficacia de otros medios no violentos para dar cumplimiento a la función, reclamando un enjuiciamiento *ex ante* y constituyéndose en un requisito esencial; la segunda consiste en el empleo del medio más concreto para alcanzar el fin pretendido, debiendo emplearse el medio menos peligroso y lesivo en atención a las circunstancias del caso, y se configura como un requisito inesencial.

VII. El requisito de la proporcionalidad, de carácter inesencial, supone realizar una ponderación con carácter previo al inicio de la actuación, debiendo adecuar la intensidad del concreto medio utilizado a la gravedad de la infracción.

VIII. Dentro de la actuación policial, las intervenciones más polémicas son las relativas al uso de las armas, cuya legitimidad se recoge, de manera vaga, por la LO 2/1986 y que se ampara también por la doctrina jurisprudencial. Su uso debe modularse por los criterios de excepcionalidad y racionalidad, uso objetivamente imprescindible y previa amenaza del empleo del arma, si bien ha de precisarse que no existen unos parámetros concretos que señalen cuáles son las situaciones concretas ni la forma de llevarse a cabo la actuación, siendo finalmente los órganos jurisdiccionales quienes deberán decidir sobre la adecuación o no a derecho de tales conductas en atención a las circunstancias del caso y a los principios de necesidad y proporcionalidad.

IX. La resistencia o actitud pasiva del sujeto sobre el que recae la conducta implica una actitud de falta de colaboración, considerando la doctrina y la jurisprudencia como innecesario el recurso a la fuerza en supuestos en que el sujeto activo emprende la huida ante requerimientos del agente, legitimando, en cambio, su uso en los casos de manifestación lícitas, si existe previa agresión, y en manifestaciones que, autorizadas o no, concurren actos de alteración del orden público.

X. La ausencia de los requisitos esenciales dará lugar a la inaplicación de la eximente y, por tanto, a una condena por el delito cometido; en cambio, si falta un requisito inesencial se podrá aplicar una eximente incompleta o bien una atenuante analógica. Cuestión diferente es que el agente se represente erróneamente estar en cumplimiento del deber, en cuyo caso un importante sector doctrinal entiende aplicable el error de tipo, mientras que otro sector y la doctrina jurisprudencial consideran que nos hallamos ante un error de prohibición.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Barcelona Llop, J., “Sobre las funciones y organización de las fuerzas de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.29, 1991.
- Castillo Moro, M., *Tácticas, técnicas y protocolos para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: Un estudio de la praxis profesional, desde un análisis jurídico, sociológico y operativo*, Tesis doctoral (s.p), Universidad de Murcia, 2017.
- Cerezo Mir, J., “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en *Anuario de derecho y ciencias penales*, Tomo II, 1987.
- Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español: parte general. Teoría jurídica del delito II.*, 6ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2000.
- Cervelló Donderis, V., “Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 9, 2013.
- Coco Vila, I., “Tirar a matar en cumplimiento de un deber: una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S., *Compendio de derecho penal parte general*, 2ª Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2010.
- Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Córdoba Roda, J., García Arán, M., *Comentarios al Código Penal: parte general.*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011.

- Díez Ripolles, J.L., *Derecho penal español. Parte general.*, 5ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- Egidio Piva Torres, G., *Teoría del delito y el estado social y democrático de Derecho*”, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2019.
- Fernández Segado, F., “Artículo 104: Las fuerzas y cuerpos de seguridad”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo VIII- Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, Edit. Edersa, Madrid, 2006.
- Gómez Tomillo, M., *Comentarios prácticos al código penal español. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Izquierdo Carrasco, M. y Alcántara Reifs, J.J., “Límites materiales y territoriales a la actuación de la policía local como policía judicial: a propósito de la STS nº 210/2016, Sala 2ª, de lo Penal, de 15 de marzo de 2016”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107, 1, 2017.
- Javato Martín, A.M., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, 2011.
- Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- Mir Puig, S., *Derecho penal: parte general*, 10ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2015.
- Morales Prats, F., “Art. 20.7”, en Quintero Olivares, G. (coord.), *Comentarios al Código penal español (Tomo I y II)*, 7ª Edición, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- Muñoz Conde, F., García Aran, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Nacario Lorente, J.M., *Obrar en el cumplimiento de un deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (correcta utilización de la fuerza policial)*, Tesis doctoral (s.p), Valencia, 2015.
- Olmedo Cardenete, M., “Art. 20.7”, en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Edit. Edersa, Madrid, 1999.
- Piñar Mañas, J.L., Tejerina Rodríguez, O., *Seguridad del estado y privacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2014.
- Rodríguez Ramos, L., *Código Penal concordado y comentado con la jurisprudencia.*, 6ª Edición, Edit. La Ley, Madrid, 2017.
- Ruíz Ortiz, S., *Detención Policial y uso de la fuerza: implicaciones jurídico- criminológicas*, Tesis doctoral (s.p), Murcia, 2015.

- Ruíz Ortiz, S. y Mainar Ene, J.M., “El uso de la fuerza policial. Una aproximación a su interpretación criminológico- operacional”, en *Anales de Derecho*, Vol. 34, núm.1, 2016.
- Ruíz Rodríguez, L.R., “El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 10, núm. 83, 2014.
- Sánchez García, M.I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de las armas por la autoridad*, Ed. J.M Bosch editor S.A., Barcelona, 1995.
- Torres Fernández, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *Diario La Ley*, núm.2, tomo II, 2001.
- Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho penal: parte general.*, 4ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

## 7. NORMATIVA

### Interna

- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana

### Internacional

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado por el Consejo de Europa en 1950
- 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 la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) en 1990.
- Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por la que se aprueba la Declaración sobre la Policía
- Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, por la que se aprueba el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley
- Reglas de Justicia penal de las Naciones Unidas para la Policía de Mantenimiento de la Paz, aprobado en 1994



## 8. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 55/1990, de 28 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 49/1993, de 11 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 82/1993, de 8 de marzo
  
- Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1157/2014, de 18 de junio
  
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de octubre de 1980
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de febrero de 1986
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de diciembre de 1986
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de julio de 1987
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de noviembre de 1988
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de abril de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de junio de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de noviembre de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 2500/1992, de 18 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 137/1993, de 28 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 192/1997, de 14 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1404/1997, de 22 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1929/2000, de 15 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 423/2002, de 12 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm.1810/2002, de 5 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 17/2003 de 15 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 457/2003, de 14 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 4/2005, de 19 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 26/2005, de 22 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 112/ 2005, de 31 de enero

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1401/2005, de 23 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 850/2006, de 12 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 778/2007, de 9 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 263/2008, de 20 de mayo
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 433/2008, de 3 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1262/2008, de 28 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1010/2009, de 27 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 159/2011, de 28 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 828/2013, de 6 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 949/2013, de 19 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 210/2016, de 15 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 258/2016, de 1 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 783/2016, de 20 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 608/2019, de 11 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal número 656/2020, de 3 de diciembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 128/2022, de 16 de febrero
  
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, número 42/2001, de 21 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 69/2002, de 28 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, número 20/2002, de 28 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, número 78/2004, de 1 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, número 165/2006, de 11 de mayo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 132/2008, de 6 de marzo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, número 295/2009, de 23 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial Castellón, número 221/2011, de 18 de mayo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, número 320/2011, de 15 de noviembre

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo número 31/2014, de 2 de diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 291/2015, de 21 de abril
- Sentencia de la Audiencia Provincial Vizcaya número 42/2015, de 22 de junio