



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

ESTUDIO DE LA EXIMENTE DE OBRAR EN
CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LOS MIEMBROS
DE LAS FCSE

Autor

Sergio Bayona Morón

Director

Roberto Salvanés Durán

Facultad de Derecho/Universidad de Zaragoza
Año 2016

ÍNDICE	Pág.
I. Introducción.....	4
II. Teoría general: causas de justificación	5
III. Caracterización del ejercicio legítimo del cargo.....	8
1. Fundamento formal.....	8
2. Fundamento material.....	9
3. Teorías de la antijuridicidad.....	9
IV. Análisis político-criminal de la eximente.....	12
1. Principio de necesidad.....	12
2. Principio de proporcionalidad.....	13
V. Legítima defensa en los agentes de la autoridad.....	16
1. Interacción con la eximente de obrar en cumplimiento de deber.....	17
2. Concurso de leyes entre ambas causas de justificación.....	18
VI. Jurisprudencia.....	19
1. Supuestos de lesiones.....	20
2. Supuestos de homicidio.....	23
3. Supuesto de coacción.....	26
4. Supuesto de detención ilegal.....	28
5. Supuesto de legítima defensa.....	30
6. Otras.....	31
VII. Conclusión.....	33
VII. Bibliografía.....	35

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CP: Código Penal

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

LD: Legítima defensa

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOFCSE: Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

MF: Ministerio Fiscal

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo voy a analizar la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, encargados de preservar el orden público, respetando los límites que la ley establece. Las actuaciones de los miembros de las FCSE pueden lesionar bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad. Es decir, pueden afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas recogidas por la CE en su capítulo segundo. Esta coacción es competencia exclusiva del Estado¹, para la cual se exige una habilitación legal previa, por lo que se encuentra sometida a la Ley. Si no existe esta habilitación, se excluye la posibilidad de aplicar esta eximente. La existencia de esta habilitación legal es requerida por el Tribunal Supremo, cuando exige que quien actúe sea una Autoridad o agente de la autoridad en el ejercicio de una función pública, cumpliendo los deberes que su cargo le impone. Las normas habitan desde el punto de vista funcional y material son fundamentalmente de Derecho Procesal y Administrativo².

La Ley principal que regula estas actuaciones es la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El artículo 7 establece que «todos los miembros de las FCSE tendrán en el ejercicio de sus funciones, a todos los efectos legales el carácter de agente de la Autoridad».

El trabajo se basa en dos partes: por un lado, el desarrollo teórico sobre esta causa de justificación, apoyado en diversa doctrina; y, por otro el análisis de jurisprudencia sobre esta causa de justificación.

Respecto a la elección del tema, la misma obedece a que dada la estrechez de contenidos y programas que imponen los estudios de grado no es posible explicar en profundidad la causa de justificación del art. 20. 7 CP sino con carácter general, pero sin descender a los requisitos concretos de la misma para que pueda operar, ello unido a que en los medios de comunicación es cada vez más frecuente la aparición de noticias referidas a instrucciones o juicios penales sobre actuaciones de los miembros de las

¹ Artículo 149.1.29 CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica».

² SANCHEZ GARCIA, M. «Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad».p.361

FCSE en las cuales los defensores esgrimen la concurrencia de la causa de justificación en la actuación de sus defendidos. Además, dentro de las oposiciones que tengo pensado realizar después de terminar el grado, algunas están relacionadas con las policiales, por lo que este trabajo me proporcionaría un apoyo en un número significativo de temas.

Para la realización de este trabajo, he seguido la siguiente metodología: para la parte expositiva y análisis del estado de la cuestión he estudiado las monografías que se citan, rastreado información por internet en diversas páginas especializadas y puesto al día mis materiales de trabajo de las asignaturas de Derecho penal general y especial; para la búsqueda de jurisprudencia he utilizado el buscador del CGPJ, ciñéndome a las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; en el primer caso dada la función nomofiláctica que debe tener dicho Alto Tribunal como cúspide del sistema desde el punto de vista interpretativo y, en el segundo, porque el enjuiciamiento de la vulneración de derechos fundamentales como la libertad y la seguridad marca el canon interpretativo para la resolución de la ponderación de conflictos entre derechos y deberes, aspecto esencial para el análisis de esta causa de justificación. Principalmente se estudian las sentencias más recientes para ver cómo se resuelve en la actualidad la cuestión de la operatividad de la causa de justificación del art. 20.7 CP y la evolución jurisprudencial experimentada sobre el particular.

II. TEORIA GENERAL: CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El concepto jurídico del delito se concibe como la acción típica, antijurídica, culpable y, para algunos además, punible. La tipicidad de la acción se define como la subsunción del acto voluntario en una figura descrita en el Código Penal; si no encaja en ningún tipo, no existe delito. La conducta típica será antijurídica si no interviene ninguna causa de justificación. Si opera tal causa, el comportamiento típico será justificado, lo que provocará la ausencia de antijuridicidad, no siendo posible que se considere tal conducta como delito. A esto nos referimos con el elemento objetivo de la causa de justificación.

Este elemento objetivo se basa en el supuesto de hecho, los cuales deberán concurrir en la situación concreta para que se aprecie la causa de justificación.

Existen dos tipos de causas de justificación:

-Causa de justificación completa: es la que exime de responsabilidad penal en su totalidad, la cual aparece regulada en el art 20 CP.

-Causa de justificación incompleta: si no se cumplen los requisitos necesarios para que sea completa, se puede aplicar de modo parcial, es decir, atenúa la responsabilidad penal. Aparece regulada en el art 21 CP. Si bien, requerirá la presencia de todos los elementos considerados esenciales, encargándose la doctrina de catalogarlos como tal.

De entre las exclusiones de antijuridicidad del art 20 del Código Penal, nos quedamos por ahora con la que nos interesa, siendo la del séptimo apartado, la que exime de la responsabilidad penal en tres supuestos distintos: al que obre en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

Dentro del precepto podemos distinguir dos situaciones, por un lado, se entiende por eximente de cumplimiento de un deber aquella situación en la que el sujeto realiza una conducta típica que lesiona un bien jurídico ajeno en base al cumplimiento de un deber de naturaleza jurídica al que viene obligado.

Por otro lado, la eximente por ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se define como aquella circunstancia que excluye la antijuridicidad de la conducta típica llevada a cabo por un sujeto en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo - público o privado-, si bien aquí nos centraremos en el público, es decir, por el cumplimiento del deber por parte de los miembros y fuerzas de seguridad.

La ley prevé esta eximente que constituye, según lo señalado desde hace tiempo por la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico.

Es necesario recordar también, que el artículo 104.1 de la Constitución Española de 1978 proclama 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"*.

Existen dos normas de Derecho Internacional: la inspirada en la Resolución 690/1979 del Consejo de Europa sobre la Policía, y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley³.

Si analizamos el elemento personal, el sujeto que entra dentro de esta eximente debe cumplir una doble dimensión, según indica Mir Puig⁴:

- una dimensión orgánica, ya que debe ser autoridad o funcionario público o funcionario público autorizado;

- y una dimensión funcional, que esa autoridad o funcionario público se encuentre en el ejercicio efectivo de su cargo de manera, presente, activa y manifiesta.

En relación a los agentes de seguridad privada, tras la entrada en vigor de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, estos sujetos no tienen carácter de agentes de la autoridad, por lo que no pueden ampararse en esta eximente. Si bien hay excepciones de supuestos en los que estén realizando funciones públicas, donde sí que podrán invocar la eximente de cumplimiento de un deber⁵.

El elemento subjetivo que se muestra como requisito esencial de la eximente es el ánimo de actuar con finalidad de observar una obligación impuesta por su cargo, si tiene unos objetivos distintos, no se puede hablar esta posibilidad. Si bien una parte de la doctrina entiende este elemento como exclusivo, otra parte señala que puede compatibilizarse con otros motivos.

Este ánimo de cumplimiento de un deber o cargo, provoca que, en ocasiones, se lesionen bienes jurídicos ajenos. Es entonces cuando entra en juego el principio de ponderación de intereses, el cual vamos a tratar más en profundidad a continuación.

³ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

⁴ MIR PUIG, S., «*Derecho Penal. Parte general*», p. 480.

⁵ STS 850/2006, Sala 2ª, de lo Penal, 12 de julio 2006.

Para finalizar este epígrafe, cabe decir que actualmente la doctrina mayoritaria se muestra a favor de la aplicación de eximentes por analogía, por ser *in bona partem* y no ser contraria al principio de legalidad.

III. CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO

Me aproximaré primeramente a la caracterización del ejercicio legítimo del cargo desde la teoría general de las causas de justificación. Para este estudio nos vamos a basar en los principios informadores de las causas de exclusión de la antijuridicidad.

1. Fundamento formal

En esta vertiente formal es donde aparece el principio de unidad del ordenamiento y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.

El principio de unidad del ordenamiento señala que algo lo que un sector del ordenamiento autoriza, otro no puede considerarlo contrario a Derecho, lo que supone una coherencia lógica entre sus normas. De este principio extraemos varios criterios, los cuales son usados continuamente, como los de especialidad, jerarquía normativa y cronológico, que permiten salvar las contradicciones entre normas que prohíben y normas que aceptan una determinada conducta.

Cierta doctrina cree que el fundamento de que el ejercicio de un deber sea causa de justificación se sostiene sólo con este principio de unidad, sin embargo, otra parte de la doctrina señalan que además hay que tener en cuenta el carácter de *ultima ratio*, siendo uno de ellos Mir Puig, quien señala que: corresponde al Derecho Penal castigar los hechos más lesivos o graves para la sociedad, por lo que contradiría esta función el castigo de hechos permitidos por otro sector del ordenamiento⁶.

⁶ MIR PUIG, S., «Derecho Pena...cit», p.514.

2. Fundamento material

El fundamento material, se encuentra relacionado con el estudio de lo injusto de la acción típica. El concepto de antijuridicidad ha variado en la doctrina, siendo diferentes las concepciones del fundamento material. Esto ha posibilitado el reconocimiento de causas de justificación al margen de las legalmente codificadas. Cabe señalar como importante el principio de preponderancia de intereses, el cual significa que en una situación de conflicto entre dos acciones, aquella que lesione un interés de menor valor es conforme a Derecho. Tal y como señala Cerezo Mir⁷.

Aparecen formulaciones que explican la justificación y dependiendo del número de principios que usan, se clasifican en monistas o dualistas. Dentro de las monistas encontramos: la teoría del fin, la del mayor provecho que perjuicio, y la teoría del principio de preponderancia de valores de Noll.

3. Teorías de la antijuridicidad

3.1 Teoría causalista y finalista

La primera que podemos resaltar es la teoría causalista, donde la antijuridicidad del delito se observa ex post, es decir, de un hecho que ya ha tenido lugar.

En contrario, el pensamiento finalista se basa en una perspectiva temporal opuesta al anterior, irrumpiendo en las corrientes conceptuales de lo justo y lo injusto. Se plantea con la subjetividad de la conducta típica, analizando los motivos y finalidad de ella, influyendo en esta fundamentación material. Se observa la conducta antes de que ocurra, examinándose el hecho desde su finalidad anterior, no en el momento del hecho ya causado.

3.2 Teoría de la imputación objetiva

Todos estos conceptos y principios han caracterizado una de las más recientes líneas doctrinales sobre la teoría del delito: la teoría de la imputación objetiva. En comparación con el finalismo, ésta se basa en el carácter objetivo del juicio de antijuridicidad, aunque también en el carácter final de las conductas humanas. En

⁷ CERESO MIR, J., «Curso de Derecho Penal español: parte general II. Teoría jurídica del delito», p.48.

definitiva, se plantea desde una perspectiva ex ante para decidir la concurrencia del hecho típico.

Realiza unas distinciones: el desvalor de la acción y el del resultado; el tipo del injusto de los delitos dolosos y en los culposos. En resumen, el injusto se considera como una unidad de elementos finales objetivos y subjetivos. Para ello, lo analizamos desde la fundamentación de la justificación, la relación entre el tipo del injusto y las causas de justificación, y la estructura del tipo de justificación del ejercicio legítimo. La prohibición de la normal penal ya no va a ser el resultado de la acción, sino la tendencia objetiva a producirlo. El principio de preponderancia pasa a valorarse entre el desvalor y el valor de la acción, en lugar del resultado.

3.3 Principios fundamentales

Por todo ello, podemos concluir diciendo que los principios informadores de las eximentes del art 20 CP, son:

- en el plano formal, el de unidad del ordenamiento jurídico y la no contradicción;
- y en el plano material, el de preponderancia de intereses.

En ese conflicto de intereses, en el caso de la causa de justificación que tratamos, la de obrar en cumplimiento de un cargo público, consideramos como interés preponderante el interés público. Concretamente surge el conflicto entre intereses del orden y la seguridad pública; y entre la integridad física o la libertad de las personas.

Dentro de la estructura del tipo de justificación, tenemos los elementos objetivo, subjetivo y personal, como ya hemos indicado anteriormente. Cabe decir que pueden existir otros, como los que Noll introdujo⁸: constitutivos, cuya ausencia provoca que el hecho sea antijurídico; cuantitativos, que reduce su antijuridicidad; y ordenadores, que reducen lo injusto bajo el límite de lo punible. Esta clasificación condujo a la doctrina y jurisprudencia a distinguir entre elementos esenciales e inesenciales, pero no vamos a entrar a analizarlos.

⁸ SANCHEZ GARCIA, M. «Ejercicio legítimo del cargo y... cit.p.87

Ahora hablamos sobre la tipicidad, la cual ya hemos hablado al principio, que se basa en que un hecho material ha de ser subsumible en un tipo penal, esto es, a la ley, lo que nos lleva al principio de legalidad. Anteriormente, una parte mayoritaria de la doctrina definía el delito de forma tripartita, similar a la actual: acción típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo, existe una doctrina que se basa en la teoría de los elementos negativos del tipo, donde la acción típica y antijurídica se fusionan, resultando una definición bipartita. Esta teoría tuvo una gran incidencia en el tratamiento del error en los supuestos de causas de justificación.

3.4 Tipos objetivo y subjetivo.

El tipo objetivo viene dado por un elemento central que constituye el «valor objetivo de acción»⁹, que se completa con el valor de resultado. Para que la justificación sea correcta, es necesario la concurrencia de los elementos del tipo, valorados mediante un examen ex post, o también ex ante, retrotrayéndose al momento del hecho, siendo la opción mayoritaria. La conducta observada ex ante debe generar la posibilidad de salvación para otros bienes jurídicos amenazados. Aquí cabe señalar los casos de error, es decir, la divergencia entre la realidad y la representación del autor.

Por otro lado, el tipo subjetivo, es bastante discutido, existiendo varias teorías con distintas concepciones: la monista subjetiva, la objetivo-causal y la finalista. Sin embargo, nos centramos en la de carácter dual, donde además del desvalor objetivo de acción, el tipo del injusto se completa con el desvalor subjetivo de acción, es decir, el conocimiento de los hechos del tipo y la aceptación del resultado, así como el desvalor del resultado¹⁰.

Si analizamos las causas de justificación en el delito imprudente, vemos que puede haber modificaciones respecto al doloso en cuanto a su estructura. Habrá que valorar en el caso concreto, la exigencia de elementos subjetivos de justificación, donde el autor desconozca la situación objetiva de justificación y realice la conducta imprudente. Habrá elemento subjetivo si el autor conoce la situación justificante y actúa en

⁹ SANCHEZ GARCIA, M. *Ejercicio legítimo del cargo y... cit.*p.97

¹⁰ *Ibid.*, p. 103

consecuencia. En cualquier caso, podemos decir que la exigencia de este componente resulta irrelevante. El Tribunal Supremo no acepta la causa de justificación si aunque concurran los elementos objetivos, el resultado se produce por negligencia.

IV. ANALISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LA EXIMENTE: NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Para entrar ya en materia más específica, vamos a analizar los principios básicos de la de la aplicación de la causa de justificación que estamos tratando. Los cuales veremos que son exigidos por el Tribunal Supremo, en las sentencias que analizo después.

4.1 Principio de necesidad

En primer lugar, hablamos sobre el principio de necesidad o menor lesividad. Encontramos otros términos como: prohibición de exceso, proporcionalidad en sentido amplio e intervención mínima. Esta necesidad de la actuación por el agente debe realizarse a través de un juicio objetivo ex ante. Este requisito de necesidad sigue la doctrina de Córdoba Roda¹¹, que introduce la distinción entre necesidad “en abstracto” y necesidad “en concreto”. La elección del medio violento debe estar autorizada por el ordenamiento que exista, además de atender a las habilidades y características personales del agente policial.

Ahora entramos a analizar la intervención violenta en abstracto, la cual hace referencia a la ineficacia de medios no violentos para repeler la acción. En el uso de armas de fuego es donde es más relevante esta cuestión, siendo necesario el aviso de disparo. Esto no aparece regulado en la Ley De Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero sí en una circular de la Dirección General de la Policía de 1983¹².

Por otro lado, tenemos la intervención violenta en concreto, que se refiere al medio menos lesivo posible, es decir, que las armas de fuego deben usarse si con otros medios no es posible hacer frente a la acción. Se debe tener preferencia al ataque sobre

¹¹ CORDOBA RODA, J., «Las eximentes incompletas...», pp 302 y ss.

¹² Circular de la Dirección General de la Policía de abril de 1983, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

cosas antes que personas, y dentro de las últimas, el ataque a la integridad física antes que a la vida. Debe apreciarse aspectos cualitativos y cuantitativos como límites de esta necesidad. En el caso concreto habrá que valorar también las características del agente, como ya hemos mencionado anteriormente, así como las del sujeto pasivo.

Esto siempre que la actitud sea de resistencia activa o pasiva, si es de agresión, ya podemos hablar de legítima defensa del policía, donde los límites se ven modificados sobre todo en cuanto al de medio menos lesivo, aunque sin olvidar los principios de adecuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agente y el agresor.

4.1.1 En caso de causación de muerte

A continuación, tratamos el tema de causación dolosa de muerte en el ejercicio de funciones públicas, el cual atiende a rasgos ético-culturales, ya que depende mucho del estado en donde nos encontramos, destacando en esta cuestión por ejemplo Estados Unidos. Pero centrándonos en España, la Constitución establece unos límites en cuanto a la pena de muerte, aborto, suicidio, etc. En el caso que nos importa, dejando de lado los supuestos de legítima defensa, entendemos que se excluye la existencia de causa de justificación, aun en forma incompleta, cuando ha habido una desproporción grave. Aunque esto no es criterio fijo o doctrina general, ya que puede haber situaciones en las que se aprecia la eximente incompleta, o de que se justifique, reitero, por ser legítima defensa.

El CEDH en su artículo 2 regula el derecho a la vida, con la excepción de su apartado 2 que dice: «La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente».

4.2 Principio de proporcionalidad

Uno de los más importantes es el principio de proporcionalidad, el cual puede ser cambiante, amoldándose en función de la mayor o menor seguridad pública del momento. Éste se relaciona con el estado de necesidad justificante, donde la

ponderación de intereses interviene con carácter global, es decir, dentro de la situación concreta, se deben valorar todas las circunstancias y tener en cuenta todos los bienes jurídicos afectados. Lo que podría permitir una lesión de la integridad física en favor de la protección del orden y seguridad pública.

Analizar separadamente cómo entra en juego este principio, para el caso de la detención, y para el supuesto de una actuación coactiva de la autoridad pública frente a un colectivo de personas en materia de orden público.

4.2.1 Detención

En primer lugar, en el caso de la detención se diferencian en dos situaciones posibles: si hay sospecha de delito o si hay una condena por delito con pena privativa de libertad. Si vamos a la actual división de penas que propone el Código Penal en su artículo 33, vemos que se dividen en graves, menos graves y leves. Para determinar el uso de armas de fuego podemos decir que se circunscriben a los delitos graves, siendo uno de las penas la prisión superior a 5 años. Hay otros criterios para determinar la proporcionalidad como la edad del sujeto pasivo o el peligro que origina para otras personas.

Por un lado, la detención del sospechoso de delito, al que se añaden la del delincuente sorprendido in fraganti y la del procesado penalmente. Cabe destacar en esta cuestión la situación de fuga ante un control policial, en la cual se deberá valorar si existen motivos para sospechar que se trate de un delito grave, o sin embargo, no hay motivo racional. Esto dependerá del caso en concreto, de si hay orden de arresto, si posee armas, etc. En España, la Dirección General de Seguridad del Estado¹³ señaló unas pautas para estos casos de uso de armas de fuego, siendo las más relevantes la de disparo previo al aire o a la rueda del vehículo, así como si se deduce que van a darse a la fuga que “es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente”.

Por otro lado, existe la otra situación de la detención por un delito a una pena privativa de libertad, en la cual pueden darse las siguientes situaciones: rebeldía (490.7LECrim); fuga en traslado al centro penitenciario o desde el mismo, según el

¹³ Instrucción de 14 de abril de 1983, de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

resto de apartados del artículo. Las circunstancias a las que atender en cuanto al grado de fuerza son las de la duración de la pena privativa de libertad y la peligrosidad del delincuente. Cabe hablar sobre los casos de libertad provisional o condicional, donde parece que no estaría permitido el uso de armas de fuego, así como para el caso de penas de escasa duración.

4.2.2 Actuación coactiva hacia colectivo de personas

Nos referiremos a la actuación coactiva respecto de un colectivo de personas en situaciones de puesta en peligro o alteración del orden público, distinguiendo según el tipo de arma utilizada. El principal problema que suscita este tipo de casos es la diferenciación entre los sujetos que están cometiendo algún tipo de ilícito y el resto de personas, definido en la doctrina alemana como “participante” y “mero espectador” respectivamente.

Los tipos de armas y sus usos han ido cambiando a lo largo del siglo pasado, mayoritariamente evolucionando hacia medios menos lesivos posibles. Primeramente, decir que las armas de fuego están prohibidas para este tipo de concentraciones, salvo en casos aislados de legítima defensa, lo que se fundamenta lógicamente en la peligrosidad de ellas y la valoración de menor lesividad y proporcionalidad, en cuanto al resultado que se persigue.

Dentro de las armas que sí que son utilizadas en estos actos, de mayor a menor peligrosidad, puede hablarse de las siguientes:

- Las armas químicas que aplican efectos irritantes, habiendo distintos tipos y formas de administrarlas.

- Los proyectiles de energía frenada, siendo su variante las famosas pelotas de goma; este tipo de armas dependen mucho de la distancia a la que son proyectadas, debiendo ser utilizadas diligentemente.

- Las de reducido potencial lesivo, donde encontramos las armas eléctricas, o las mangueras de agua a gran presión, las cuales no obstante, pueden producir ciertos daños y lesiones.

Un problema común de la utilización de este tipo de armas, es que sus consecuencias dependen mucho de las características físicas del sujeto que las sufre, ya que en ciertos individuos pueden ocasionar lesiones menores, pero en otros pueden resultar letales, como en niños o enfermos.

La Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, regula en su artículo 23 este tipo de concentraciones, señalando textualmente en los apartados segundo y tercero:

“2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso”.

Este tema es discutido en la doctrina de muchos países debido a su repercusión social y política. Diversos sucesos han demostrado que, a veces, una incorrecta actuación policial ha provocado el efecto inverso al que intentaban realizar, aumentando el conflicto inicial.

V. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS AGENTES DE LA AUTORIDAD

Aunque el tema de este trabajo sea la eximente por cumplimiento de un deber por los CFSE, creo conveniente dedicar un epígrafe completo a la legítima defensa porque las semejanzas entre la eximente de obrar en ejercicio del cargo y la legítima defensa, provocaron que en el Derecho positivo español estuvieran muy confusas hasta 1980, momento a partir del cual ya se establecieron diferencias.

Entendemos por legítima defensa a la situación excepcional donde un sujeto realiza una acción a priori ilícita, pero que, al ser atacado un bien jurídico propio, esa actuación se considera conforme a Derecho. El CEDH en su artículo 2.2.a). establece que: «2. La muerte no se considerará infligida con 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».

Hay que diferenciar si entendemos que en la legítima defensa (art 20.4CP) entra en juego el principio de proporcionalidad o no, porque si es afirmativa, jurídicamente sería la misma solución que en el caso de la eximente del 20.7CP. Con el Código Penal de 1995, se entiende que sí que entra la proporcionalidad al hablar el precepto penal de *“Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla”*.

Es a partir de los años 80 del pasado siglo, cuando se excluye la necesidad de una agresión ilegítima en la eximente de ejercicio de cargo público, lo que permite una mayor diferenciación con la legítima defensa. Esta agresión se define por la jurisprudencia como: «todo ataque, inminente, real, directo, injusto, inmotivado e imprevisto por lo que se entiende que debe ser dolosa es decir, causada intencionadamente, sin que se admitan las formas imprudentes de la agresión ilegítima, debiendo asimismo no encontrarse amparada en derecho»¹⁴

5.1 Interacción entre la legítima defensa y la eximente de obrar en ejercicio legítimo de cargo público. Comparación y conclusión.

Debe determinarse si se reconoce la legítima defensa al funcionario público mientras actúa en cumplimiento del cargo. Parte de la doctrina niega tal consideración, como por ejemplo Cerezo Mir, quien sólo admite esta legítima defensa para el caso de que se realice con motivos particulares. Esto se debe a que entre el conflicto de las dos eximentes, prioriza la del ejercicio del cargo por el criterio de especialidad.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1766/1999, Sala 2ª, de lo Penal, de 9 de diciembre de 1999.

A favor de tal reconocimiento, Jiménez de Asúa, consideró que aunque se trate de un funcionario público, debe poder defender su vida así como otros derechos, para que en el caso de que exista una agresión hacia su persona, sea la eximente de legítima defensa la que prevalezca. La jurisprudencia se ha mostrado en esta dirección en varias sentencias del Tribunal Supremo, apreciando cierto grado de proporcionalidad. Es destacable la STS de 4 de diciembre de 1991, donde se apreció una aplicación cumulativa de ambas causas de justificación.

Estas teorías de afirmación y negación de atribuir al agente de la autoridad la posibilidad de alegar la legítima defensa, no son absolutas, ya que existen doctrinas intermedias donde bajo una serie de condiciones se puede apreciar esta causa de justificación.

En cuanto al principio de proporcionalidad, es muy importante resaltar que si por un lado, para la estimación de la eximente del 20.7CP se exige la proporcionalidad estrictamente, en cambio, la mayoría de la doctrina entiende que no es necesaria una estricta proporcionalidad, ya que chocaría con la eximente de estado de necesidad (20.5CP). Por supuesto, sin olvidarnos del requisito de falta de provocación suficiente por parte del defensor. Estos criterios se ponen de manifiesto en la jurisprudencia analizada.

5.2 Concurso entre LD y eximente por cumplimiento de un deber por los FCSE

A continuación, me referiré al concurso de causas de justificación, para el caso que nos concierne. Una parte de la doctrina señala que las causas de justificación son independientes entre sí, por lo que no se excluyen, si bien sólo es necesario aplicar una de ellas. En nuestro ordenamiento no tenemos una prelación de eximentes, por lo que habrá que acudir a los principios generales del concurso de leyes penales: principio de unidad del ordenamiento jurídico y el carácter principal del derecho de legítima defensa.

Comenzando por el principio de unidad del ordenamiento, en el caso del Derecho español, al considerar que las causas de justificación son distintas, debemos quedarnos con una de ellas, desechando la otra, para cumplir el principio de “non bis in ídem” en sentido material, considerando que la antijuridicidad es unitaria. Estamos ante dos normas permisivas, como son las causas de justificación, las cuales suelen tener una

estructura mucho menos precisa que las normas prohibitivas, lo que provoca que la comparación entre sus características típicas sea más compleja.

Además del principio de unidad de ordenamiento, tenemos el criterio de subsidiariedad entre ambas eximentes, con el carácter principal del derecho de legítima defensa. Ésta última se asocia al derecho primitivo de autoprotección ante cualquier ataque, pero no se permite para proteger bienes comunitarios. Para ello aparece la coacción estatal inmediata como principio rector frente a lo injusto, siendo competencia exclusiva del Estado. Esta actuación estatal supone una intromisión en los derechos del individuo, que será ajustado a derecho si cumple con los criterios que ya hemos expuesto, que sea necesaria, menos lesiva y proporcionada al fin perseguido.

En conclusión, se puede pensar que por el carácter histórico de la defensa ante una agresión injusta, la norma que prevalece es la legítima defensa, el actuar en defensa de sus propios derechos, antes que el cumplir con una función pública. Lo que considero que es acertado, porque antes que agente policial, se es persona, los derechos que se le atribuyen por el hecho de serlo, son más importantes que el orden público que trata de defender. Lo que equivale a que el funcionario público actúa como un particular, si bien con las lógicas diferencias de aptitudes para hacer frente a esa agresión ilícita, que se supone que debe poseer el agente, con las restricciones que se le imponen para el uso de armas de fuego sólo en los casos necesarios. Es decir, que ante un supuesto de conflicto entre la aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber y la de legítima defensa, tiene prioridad la segunda.

VI. JURISPRUDENCIA

Se presentan las sentencias según la conducta principal del funcionario público que se enjuicia en cada caso, por cuanto partiendo todas de criterios y principios similares. Se puede observar como ante la misma acción, el Tribunal aplica en unos casos la causa de justificación y en otros no.

6. 1. Sentencias cuyo delito principal es de lesiones.

6.1.1 STS 949/2013, de 19 de diciembre de 2013

A) Hechos.

Pelea entre varios individuos que es avistada por una patrulla de la policía nacional.. La patrulla no vestía uniformada, pero se identificó correctamente. El policía acusado reprimió la actitud molesta de uno de los individuos con duros golpes que le fracturaron 3 costillas, para lo que tuvo que recibir asistencia y tratamiento médico.

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional es recurrida por la defensa del acusado por infracción de ley por inaplicación de la eximente completa de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo (art 20.7 CP)

B) Información relevante.

Los requisitos que la Sala estima necesario que concurran para poder aplicar la causa de justificación son:

1. que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo,
2. que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada.
3. que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir la idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna,
4. que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza.

El Tribunal entiende que sólo se cumple el primer requisito, por lo que desestima el motivo. Declara que el recurso a la fuerza no es necesario para reprimir una simple actuación molesta de un ciudadano, además que el acusado estaba en superioridad numérica. Por otro lado, la fuerza utilizada se reputa desproporcionada y abusiva para evitar tal actuación meramente molesta, máxime cuando tampoco se observa una

resistencia ni actitud peligrosa por parte de la víctima que, por otra parte, ya se encontraba lesionado como consecuencia de la actuación anterior de los compañeros del acusado.

6.1.2 STC 126/2007, de 21 de mayo de 2007

A) Hechos.

Dos agentes (los demandantes de amparo en este caso) son llamados para intervenir en una disputa en un local donde se encontraban dos personas alterando gravamente el orden. Tras requerirles e identificarse, uno de los sujetos trató de agredirles con una navaja, sin conseguirlo, y acto seguido propinaron diversos golpes a los policías, con resultado de lesiones. Para intentar reducirles, los agentes les golpearon resultando lesionados los dos con hematomas y heridas varias.

El Magistrado-Juez de lo Penal apreció la eximente completa del 20.7 CP con lo que absolvió de los dos agentes de los delitos de lesiones, torturas e injurias que fueron acusados. La razón fue que *«el uso de la fuerza empleada por los policías acusados fue la racionalmente necesaria, dado que para reducir a los acusados, que no sólo se resistieron con agresividad, sino que portaban una navaja, hacía falta el empleo de la violencia utilizada, sin que ésta pueda estimarse como desproporcionada habida cuenta del número de contendientes en cada uno de los bandos, del uso de un medio especialmente peligroso por parte de los agredidos (navaja) y de la similitud en la gravedad de las lesiones padecidas en cada uno de los grupos intervinientes»*.

La sentencia absolutoria fue recurrida en apelación por las víctimas, siendo revocada parcialmente, por los acusados por inaplicación de la eximente del 20.7 CP. La motivación de la Audiencia Provincial fue: *los informes de los forenses que comparecieron al acto de la vista del recurso de apelación expusieron que las lesiones que presentaban los dos sujetos, habían sido ocasionadas probablemente con puñetazos, y que no era posible que se produjesen por una caída al suelo. De la prueba pericial y la grabación sobre el estado físico de los detenidos se desprende que la afirmación que se realizaba en la Sentencia apelada en el sentido de que los*

funcionarios policiales utilizaron únicamente sólo la fuerza necesaria a los dos sujetos no se puede sostener, ya que las múltiples lesiones y la etiología expuesta por los forenses pone de manifiesto que los agentes no se limitaron a reducir a los referidos Antonio y Juan Ramón sino que los golpearon, ya que en ningún caso se puede inferir que el estado de múltiples lesiones que presentaban sea compatible con la acción de reducirlos, por más violentos que se presentasen. Por ello, se estima que no se puede apreciar la circunstancia justificativa de obrar en cumplimiento de un deber, ya que existió una absoluta desconexión y desproporción entre la conducta legítima, la detención, y una actuación de agresión constitutiva del delito de lesiones en el caso de Antonio S. y de una falta en el caso de José Ramón S."

B) Información relevante

Se realiza una ponderación fáctica que pone en relación la fuerza ejercida por los policías demandantes de amparo en el curso de su intervención profesional y la que resultaba racionalmente precisa para neutralizar la actitud violenta que desarrollaron los sujetos sobre los que se proyectaba la actuación policial justificativa del empleo de la fuerza por éstos. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, esta ponderación no ha sido realizada correctamente por la Audiencia Provincial, por lo que la aplicación o no de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber pasa a segundo plano.

El razonamiento del Tribunal Constitucional es que en apelación sólo se valoró la violencia ejercida por los policías sin compararla justamente con la de los otros dos sujetos, ya que no se practicó ninguna prueba sobre la actuación de ellos en la Audiencia Provincial distinta de la que la que fue practicada ante el Juez de lo penal (afectando al art 24.2 CE), por lo que además se vulnera el derecho a la presunción de inocencia de los dos agentes al carecer de soporte probatorio.

6.1.3 STS 1559/2010 de 10 de marzo de 2010

A) Hechos.

Dos agentes se encontraban vigilando la seguridad en una plaza de Madrid en un

operativo policial, cuando ven como un sujeto da una patada a una motocicleta de la policía y huye. Los agentes le persiguen junto con otro funcionario más, alcanzándole y empujándolo con fuerza desproporcionada cayendo al suelo, y tras un forcejeo logran reducirlo.

La Audiencia condena a ambos agentes por una falta de lesiones por imprudencia leve, no apreciando la eximente del art 20.7 CP.

B) Información relevante

El Tribunal Supremo estima el motivo aducido por los agentes en cuanto que sí que debió ser aplicada la eximente por obrar en cumplimiento de un deber. La Sala no considera desproporción que fueran tres agentes y sólo uno el que huye, así como la diferencia de constitución física entre agentes y el sujeto, siendo que éste acababa de realizar un hecho delictivo. Por otro lado, sólo se toma en cuenta en la Audiencia la actuación de los agentes sin ponderar correlativamente la del sujeto detenido, porque ante la duda han resuelto en contra del acusado, vulnerando el principio de "in dubio pro reo". Entiende el Tribunal Supremo que los agentes actuaron correctamente en función del art 492.1 LECrim en relación con el 490.2. facultándoles para una detención totalmente lícita.

6.2 Sentencias cuyo delito principal es el de homicidio.

6.2.1 STS 923/2013 de 24 de enero 2013

A) Hechos.

El acusado Félix se encontraba, junto con un compañero, realizando un seguimiento a un vehículo que ya tenían identificado. Les dan la orden de detenerse, y al pedirles que abandonen el coche, el conductor del vehículo arranca. Es en ese momento, cuando el acusado comienza a disparar contra ellos, alcanzando a dos de los cuatro ocupantes: a uno de ellos en la cabeza, que provoca su muerte casi instantánea; y a otro lesiones en la zona lumbar.

La Audiencia Provincial de Madrid condena a Félix a las penas de dos años, seis meses y un día por el homicidio, y un año, tres meses y un día por las lesiones, mas las correspondientes indemnizaciones civiles. Aplicándose una eximente incompleta de cumplimiento de un deber y dilaciones indebidas.

B) Información relevante.

Esta sentencia es recurrida ante el Tribunal Supremo, siendo uno de los motivos que la actuación del agente se encontraba amparada por el cumplimiento de un deber, es decir, que se le aplicara de forma completa la eximente del art 20.7 CP.

Es inadmitido por la Sala, basándose en los siguientes argumentos motivos: Primero, el agente era consciente de que se encontraban cuatro individuos en el vehículo, por lo que las probabilidades de alcanzar a alguno con los disparos son altas. Segundo, tras las pruebas periciales, se demuestra que el acusado realizó los disparos desde corta distancia y en trayectoria descendente, por lo que el resultado de muerte se le imputa a título de dolo eventual. Tercero, el jefe del operativo había dado instrucciones de permitir la posible fuga, debido a que ya estaban totalmente identificados. Por todo esto, el Tribunal Supremo ratifica la decisión de la Audiencia, estimando que la actuación del acusado no estuvo justificada, es decir, sin la necesaria proporcionalidad que el caso concreto requería, no siendo aplicable la eximente completa de cumplimiento de un deber, pero sí de forma incompleta porque ese exceso de violencia se realiza bajo el interés del agente de cumplir con su deber.

Respecto al uso de armas es imprescindible acudir a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En concreto en su artículo 5 apartados c y d: donde se dice: *«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.» Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los*

principios a que se refiere el apartado anterior.'»

6.2.2 STS 258/2016 de 1 de abril de 2016

A) Hechos

Un agente de la policía fuera de servicio se percató de que hay unos individuos introduciendo a alguien en un vehículo, por lo que avisa a sus compañeros por la radio. Este agente sigue al vehículo sospechoso, y va guiando al resto de sus compañeros, con lo que se suman a la persecución hasta 3 coches de la policía, que tras varios intentos de interceptar el vehículo a la fuga y de avisos de que se detenga, finalmente termina por parar; cuando un agente se acerca al coche, y de repente reanuda su fuga. Tres de los agentes, Iván, Romeo y Jesús Miguel, abren fuego contra el coche mientras intenta escapar por una calle de un sólo sentido en dirección contraria. Tras los numerosos disparos, el coche se detiene y observan que sólo hay dos ocupantes, el copiloto termina falleciendo, y el piloto presenta lesiones. Tras el registro del vehículo, no aparecieron armas ni ningún elemento sospechoso.

Los tres agentes son condenados por un delito de homicidio consumado y otro en grado de tentativa; por otro lado, se absuelve al conductor del vehículo que se dio a la fuga de delito de atentado y de lesiones.

B) Información relevante

Los condenados recurrentes alegaron ante el Tribunal Supremo legítima defensa, siendo rechazado tal motivo dado que en ningún momento ha habido una agresión ilegítima, ni contra los procesados ni contra nadie. Por lo que es obvio que ante la falta de tal requisito, se rechaza inmediatamente tal motivo.

La posible aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber sí que tiene mayor discusión en este caso. La Sala deja clara la no proporcionalidad del medio usado que la situación requería. Sin embargo, señala ciertas razones para pensar que sí puede aplicarse de forma parcial: los funcionarios actuaron en el ejercicio de sus funciones,

ante la desobediencia de los perseguidos, aunque de forma excesiva; además el circular en sentido contrario por una calle de un sentido, supone un peligro para el resto de usuarios. Por todo ello, el Tribunal le aplica la eximente incompleta del art 21.1CP en relación con el 20.7CP.

Lo que resulta llamativo de esta sentencia, es que el procesado Jesús Miguel fue absuelto por la admisión de su alegación por infracción de precepto constitucional (art 852 LECrim) por violación del art 24.2 CE en cuanto a su presunción de inocencia y a no ser condenado sin una mínima actividad probatoria de cargo. La fundamentación de esto se resume en que, dentro de los disparos recibidos por el vehículo, no se pudo demostrar que los ejecutados por el acusado fueran en lugares del vehículo que, por altura y localización, suponian un riesgo para los ocupantes. Al contrario que los otros dos acusados, que sí se demostró que realizaron disparos con peligro para los ocupantes, incumpliendo sus obligaciones como agentes de la autoridad.

6.3 Sentencia con delito de coacciones policiales.

6.3.1 STS 5094/2012 de 12 de julio 2012

A) Hechos.

El conductor de un vehículo fue interceptado por un agente de la policía por circular en dirección contraria, redactando el correspondiente boletín de denuncia y obligando al infractor a abonarla en el acto, instante en el que el conductor-huyó con su coche hasta toparse con unas vallas que le impidieron avanzar. Entonces acudieron los dos agentes acusados, el primero de ellos apuntó con el arma al conductor mientras éste permanecía sin salir del coche, bajando solo el arma una vez que el conductor salió del coche. Cuando se disponía a salir, le cogieron del brazo, sacándolo del vehículo, y, para reducirle, le golpearon varias veces provocándole contusiones y erosiones que necesitaron primera asistencia facultativa.

La Audiencia condenó a los agentes por un delito de coacciones del art 172.1.1 CP, absolviéndolos del delito contra la integridad moral.

B) Información relevante

En lo que aquí interesa, uno de los motivos del recurso fue la no aplicación del art 20.7 CP en relación con el 617.1 CP. Los elementos que la Sala establece como necesarios para que se de el tipo penal de las de coacciones son:

«1. una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas;

2. cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto;

3. cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta (art 620 CP) (STS 167/2007, de 27 de febrero; 628/2008, y 982/2009, de 15 de octubre), insisten en la intensidad de la violencia como nota diferencial;

4. que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler»

5. una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente (SSTS 1382/1999, de 29 de septiembre ; 1893/2001, de 23 de octubre). El agente no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (SSTS 1397/1997, de 17 de noviembre ; 427/2000, de 18 de marzo).»

Respecto al último requisito, hay dos vertientes doctrinales:

-Un sector doctrinal entiende que la exigencia se refiere a la no concurrencia de causas de justificación, justificando la conducta el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

-Para otro sector la referencia expresa sería superflua, ya que las causas de justificación son de aplicación en todo caso aun cuando no se mencionen expresamente en cada uno de los tipos de la parte especial.

El Tribunal considera que hasta que los agentes sacan al conductor del vehículo su actuación es totalmente lícita. Por lo que la intención de los agentes no pareció ser la de impedir a la víctima hacer lo que deseaba o forzarle a hacer lo que no quería, sino impedir que volviera a darse a la fuga e inmovilizar el vehículo para trasladarlo al depósito y retener al conductor para identificarle. No siendo unos hechos constitutivos de coacciones según los requisitos mencionados.

Sin embargo, cuando el sujeto ya ha sido sacado del vehículo, el exceso de violencia que sufre habiendo cesado su desobediencia es desproporcionado y no justificado. Estos hechos no entran en el ámbito de las coacciones puesto que están enfocados a su detención, pero sí que se encuadran en el de lesiones (delito o falta), no pudiendo aplicarse la causa de justificación porque la víctima no realizaba ninguna actuación ilícita que hiciese necesaria la conducta desplegada por los agentes.

6.4 Sentencia de detención ilegal

6.4.1 STS 46/2014 de 11 de febrero de 2014

A) Hechos.

Estamos ante un supuesto donde el policía acusado, da la orden de parar al conductor de un vehículo. Al bajarse ambos de sus respectivos vehículos, surge una discusión verbal. Cuando el conductor decide irse, el acusado se coloca delante de él sin permitirle avanzar, sacándole vehículo violentamente, y provocándole ciertas heridas.

Tras dar positivo en la prueba de alcoholemia, dos agentes procedieron a su detención siguiendo las indicaciones del acusado. La Audiencia Provincial condena al agente por delito de detención ilegal, sin circunstancias modificativas de la libertad junto con una falta de daños.

Ambas partes recurren la sentencia, aunque primero nos centramos en el motivo por infracción de ley del art 20.7, pero el tribunal lo desestima invocando los requisitos necesarios para que se aplique tal eximente.

B) Información relevante.

De esta sentencia podemos destacar la distinción conceptual que realiza la Sala entre necesidad de actuar violentamente en "abstracto" y la considerada en "concreto", si no existe la necesidad "abstracta", no se puede hablar de eximente completa ni incompleta, sin embargo en el caso concreto, sí que cabe la incompleta.

Por otro lado, hablamos sobre la cuestión principal del supuesto como es la detención ilegal (arts 163 a 166 CP) con la agravación del art 167 CP. Como aparece en la sentencia, los elementos necesarios para su aplicación son:

- «1. Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24 CP.*
- 2. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos 163 y 166.*
- 3. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1.º CP), el art. 530 del mismo código.*
- 4. Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del n.º 7 del art. 20 que declara exento de responsabilidad criminal al "que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho".*
- 5. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal, (STS. 1081/2006 de 3.11)»*

La defensa del acusado sostiene que no fue él quien realizó materialmente el supuesto, lo cual es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que estamos ante un caso de autoría mediata, aunque los que realizan físicamente la detención son otros dos agentes,

lo hacen bajo las indicaciones del acusado, por lo tanto su actuación está ajustada a derecho. Y tampoco acepta el Tribunal la alegación de que el acusado actuó en la creencia de que se daba el supuesto legal de detención, ya que tuvo el pleno dominio del hecho, imputando falsamente hechos delictivos graves, y haciendo creer al instrumento (los dos agentes) que actuaban correctamente.

Concluye la Sala señalando que no existe causa legal para la detención, máxime cuando ésta surgió por una simple discusión verbal. Lo que vulnera el art 5 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad "ejercer la función con absoluto respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico".

6. 5 Sentencia donde se aprecia legítima defensa.

6.5.1 STS 4642/1992 de 10 de junio de 1992

A) Hechos.

El acusado Braulio, policía nacional, fue atacado en un primer momento por Juan Ramón, un individuo que buscaba vengarse de un agente que había promovido su internamiento en un centro psiquiátrico. Al pedir auxilio Braulio, el agresor huyó, aprovechando el agente para ir a interponer denuncia y ser atendido médicamente. Al volver al lugar donde se encontraba antes, volvió a aparecer el agresor Juan Ramón, requiriéndole que le acompañase al cuartel mostrando su condición de policía. Entonces el agresor sacó una navaja con clara intención agresiva, a lo que el agente se vio en la necesidad de usar su revólver disparando en dos ocasiones, la primera en la pierna y la segunda en la cara. Acto seguido llevó al herido al hospital. El procesado Braulio estuvo privado de libertad 10 días.

La Audiencia aplicó la legítima defensa, interponiendo el Ministerio Fiscal recurso por infracción de ley, basándose en aplicación indebida del artículo 8.4 CP antiguo.

B) Información relevante

El Ministerio fiscal señala que no se respetó el segundo requisito “necesidad racional del medio empleado“. A lo que el Tribunal responde estableciendo que se cumplen los tres requisitos para aplicar la legítima defensa. La Sala argumenta tal aplicación de la causa de justificación basándose en el juicio ex ante de los hechos, y la no necesaria proporcionalidad estricta. Creo importante remarcar esta cita: *“no puede exigirse al acometido, la reflexión, serenidad y tranquilidad del espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir friamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión“*.

Se tienen en cuenta elementos objetivos como el poderío físico del agresor y por supuesto el porte del arma blanca, además de subjetivos, como la agresividad conocida del sujeto. Por todo ello, el Tribunal Supremo ratifica la sentencia del Tribunal de instancia.

6.6. Otras

Además de todas estas sentencias he decidido incluir el análisis de la siguiente sentencia, que aunque es distinta a las anteriores debido a que no se aprecia ni eximente ni LD, es muy interesante:

6.6.1 SAP Barcelona 2670/2016 de 26 de mayo de 2016

Se trata de la reciente sentencia que la Audiencia Provincial de Barcelona dictó el pasado 26 de mayo, proceso que tuvo gran repercusión en los medios nacionales.

A) Hechos.

Los hechos ocurren en Barcelona, durante una manifestación por motivo de la huelga del 14 de noviembre de 2012. Sin embargo, en el momento concreto en que sucedió la acción había tranquilidad en la calle donde estaba la unidad de los Mossos d'Esquadra. Un grupo de personas corría hacia una de las calles, sin peligro alguno, cuando de repente una mujer fue alcanzada por un proyectil en el ojo izquierdo, causándole la pérdida total de éste.

Se produjeron dos disparos, siendo uno de ellos el que alcanzó a la mujer. La acusación particular y el Ministerio Fiscal acusaron a Nicanor, así como a su superior Rodolfo.

La Audiencia, tras la declaración de peritos, testigos, médicos y víctima, no pudo condenar penalmente a Nicanor como autor directo de los hechos. Las razones principales en las que fundamentó la absolución de este agente, en resumen, fueron dos. En primer lugar, no se pudo demostrar con qué tipo de proyectil se lesionó a la mujer, si con una pelota de goma o un proyectil “foam”. Si bien tras las pruebas pertinentes, se estimó que probablemente fuera una pelota de goma, la Audiencia necesita certeza para poder condenar. En segundo lugar, siendo el fundamento principal, que no se pudo acreditar que fuera Nicanor el autor material del hecho. Por un lado porque ninguna declaración fue clara, y entre ellas se contradecían. Pero además, que siendo dos los disparos que se produjeron, resultó demostrado pericialmente imposible que se produjeran los dos por la misma arma que poseía Nicanor, por lo que la Audiencia entendió que sólo uno de los disparos provino de aquel.

Respecto a la acusación de Rodolfo, el superior del acusado Nicanor, se basó simplemente en el cargo que ostenta y en su función. Pero la Audiencia entendió que no existía un delito de omisión, en virtud del artículo 11 CP. Señalando que es necesario que el autor tenga conocimiento del hecho delictivo y además pueda evitarlo, y por lo que se extrae de los hechos, no era posible esto.

En definitiva, La Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a ambos de los delitos que se les acusaban.

B) Hechos relevantes

Independiente de la resolución final, creo conveniente extraer de la sentencia, la calificación jurídica de los hechos, especialmente la parte dedicada al dolo. En el caso de las lesiones, tenemos dos tipos de dolo, el directo y el eventual. Recordamos que el primero hace referencia a la voluntad del autor de lesionar a una persona; mientras que en el segundo caso, el autor es consciente de que su acción puede lesionar a alguien, pero no es su intención.

En el caso que estamos, es evidente que el agente –o agentes- que realizó o realizaron tal acción, eran plenamente conscientes de las posibilidades lesivas del arma,

por lo que tienen el conocimiento del riesgo que supone para un bien jurídico como es la integridad física. A ello se añade la inexistente necesidad de realizar tal conducta, debido a la situación pacífica que reinaba en el momento. Esto lo podemos relacionar con los criterios de proporcionalidad, ya que incumple las normas y protocolos que regulan este tipo de actuaciones policiales.

VII. CONCLUSION

Siguiendo el orden de exposición teórico, primero he analizado el concepto del delito, para ir centrándome y acotando la explicación hasta donde nos interesa. Por ello, he pasado a explicar brevemente las causas de justificación, y ya he profundizado en la eximente que estamos estudiando. Debo decir que me ha parecido de cierta dificultad la teoría de las causas de justificación, los distintos conceptos y corrientes doctrinales, pero al final he comprobado que existe una verdadera y compacta teoría general de las causas de justificación elaborada por la doctrina científica, en especial por el profesor CEREZO MIR.

La visión general de las sentencias que fui leyendo y resumiendo es que son muy similares entre sí, incluso ciertamente reiterativas, ya que muchas citan textualmente fragmentos de otras sentencias anteriores ante casos similares. La variedad de situaciones aplicables a esta eximente no es grande, como ya hemos visto, ya que los hechos suelen ser parecidos –fugas en vehículo, manifestaciones...- y los requisitos que exige el tribunal para aplicarla son claros y concretos. Por ello he intentado abarcar todos los supuestos posibles y los fundamentos jurídicos en los que se basa el Tribunal Supremo.

A modo de síntesis, voy a destacar los aspectos importantes de este estudio jurisprudencial, donde se puede deducir lo siguiente:

Primero.- La coacción pública estatal persigue el principio del interés público, pudiendo afectar a derechos y libertades fundamentales. Para controlar estas actuaciones, se establecen unos límites que aparecen regulados en el Derecho español a partir de la CE de 1978. La Ley principal es la LOFCSE, en cuyo artículo 5.1 señala el sometimiento de tales actuaciones a la ley.

Segundo.-Son dos los principios generales que exige el Tribunal Supremo para la aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber: necesidad y proporcionalidad. Al tratarse del ejercicio de los miembros de las FCSE, se exige otro requisito, el de desempeñar las funciones propias del cargo en cuestión.

Tercero.- Los casos que he analizado ponen en conflicto intereses personales con intereses públicos, por lo que el principio de ponderación de intereses es clave a la hora de resolver estos problemas.

Cuarto.- Para los supuestos de causación de lesiones o muerte por uso de armas de fuego, la aplicación de esta eximente se encuentra muy restringida por la jurisprudencia, con unos criterios claramente asentados. Este uso de armas de fuego aparece ampliamente regulado en forma de directrices policiales y demás normas citadas.

Quinto.- Se observa cómo la aplicación completa de la eximente se ciñe a supuestos donde se cumplen íntegramente los requisitos que exige el Tribunal Supremo, sin embargo, he observado que para la aplicación de la eximente incompleta el Tribunal no realiza una fundamentación tan exhaustiva.

Sexto.- En los casos de conflicto entre la aplicación de esta eximente y la legítima defensa, se da una preferencia a la segunda, por los motivos que he señalado anteriormente. Destacando la principal diferencia entre una y otra, que debe existir una agresión ilegítima para poder aplicar la legítima defensa, con criterios especiales que debe valorar el Tribunal Supremo, como por ejemplo la condición física del agresor o la posesión de armas.

Séptimo.- En función del caso concreto, el Tribunal Supremo añade ciertos criterios para valorar la aplicación de esta eximente. Por ejemplo, me ha llamado la atención que ante una situación que vulnera el interés público por parte de un colectivo de personas, los agentes de la autoridad deben observar con gran diligencia sus conductas sobre todo si hace uso de armas peligrosas, porque de lo contrario será complicado que puedan ampararse en este tipo de eximente. De hecho es conveniente el empleo de armas menos lesivas, debido a la dificultad de individualizar a los sospechosos por tratarse de grupos de personas.

Octavo.- Creo conveniente criticar la postura del Tribunal Supremo a la hora de resolver este tipo de cuestiones, porque he observado cierta permisividad cuando se trata de admitir las eximentes que he estudiado, planteadas por la defensa de los acusados por el mero hecho de ser miembros de las FCSE. En términos generales, creo que debería haber más control por parte del Tribunal Supremo, así como una mayor fundamentación cuando analiza casos como los tratados aquí.

Como reflexión final, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, debo admitir que este trabajo me ha cambiado la opinión que tenía sobre este tipo de actuaciones policiales, ya que antes pensaba que los agentes tenían una mayor libertad, pero veo que estaba equivocado, ya que se someten a grandes límites y controles para decretar la licitud o ilicitud de su actuación. He observado que es común que se atenúen las penas por aplicación parcial de la eximente, en relación a lo dicho en el punto cuarto.

Por otro lado, me llamó la atención la sentencia que ya he citado anteriormente del año 1980, que hizo que se separaran claramente las eximentes de legítima defensa de la de cumplimiento de un deber. Lo cual por cierto es otra de las cosas que he aprendido con este trabajo, porque tenía la idea de que la legítima defensa no se le podía aplicar a un agente policial –evidentemente, estando de servicio- pero he descubierto que sí que se puede, de hecho hay bastantes sentencias al respecto. También es interesante la discusión doctrinal que hubo sobre si la legítima defensa se debe aplicar en estos casos, y sobre todo, cómo entra en juego con la eximente que ocupa nuestro tema principal, diferenciándose de ésta.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Libros:

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción, Teoría Jurídica del Delito*, 1 (3ª ed.), Madrid, Tecnos, 1985.

BOLDOVA, M, SOLA, E, ROMEO, C. *Derecho Penal parte general: Introducción jurídica del delito*. Granada, Comares, 2013.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, Reppertor, 2005.

SANCHEZ GARCIA, M. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*. J. M. Bosch. 1995

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Artículos:

CUERDA RIEZU, A. *Sobre el concurso entre causas de justificación*

Recursos de internet:

<http://www.infoderechopenal.es/2013/03/cumplimiento-de-un-deber-ejercicio-legitimo-derecho-oficio-cargo.html> (consulta 24/05/16)

http://derechojusticiasociedad.blogspot.com.es/2009/03/obrar-en-cumplimiento-de-un-deber-o-en_21.html (consulta 4/06/16)

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ejercicio-legitimo-de-un-derecho-oficio-o-cargo/ejercicio-legitimo-de-un-derecho-oficio-o-cargo.htm> (consulta 10/06/16)

<http://www.monografias.com/trabajos98/cumplimiento-deber/cumplimiento-deber.shtml> (consulta 12/06/16)

<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/50552/%28TESIS%20DOCTORAL%20REVISADA%20y%20DEFINITIVA%20DERECHO%20PENAL%20-Jos%C3%A9%20Mar%C3%AD%20Nacarino%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta 13/06/16)

Legislación:

Código Penal

Constitución Española de 1978

Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana

Ley de Enjuiciamiento Criminal