

LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA VIOLENCIA POLICIAL EN LOS SUPUESTOS DE RESISTENCIA PASIVA

Vicenta CERVELLÓ DONDERIS

Universitat de València

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Régimen de autorización del uso de la fuerza en las actuaciones policiales. 2.1. La defensa de orden público y la seguridad ciudadana como criterio regulador. 2.2. Legitimidad del uso de la fuerza. 3. Justificación penal de las conductas delictivas cometidas con ocasión de la violencia ejercida por parte de los agentes de policía. 3.1. La eximente de cumplimiento de un deber; ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. 3.2. Requisitos legales e interpretación jurisprudencial. 4. Uso de la fuerza frente a la resistencia pasiva en reuniones y manifestaciones públicas. 4.1. El derecho de reunión y la resistencia pacífica. 4.2. Límites legales del uso de la violencia policial en estas situaciones. 4.3. Protocolo de actuación. 4.3.1. Alternativas al uso de la violencia. 4.3.2. La excepcionalidad del uso de armas. 5. Consideraciones finales.

Resumen: En el trabajo se analiza la licitud de las actuaciones policiales violentas sobre personas que no ofrecen resistencia, por el incumplimiento que suponen de los requisitos legales y jurisprudenciales de la eximente de cumplimiento de un deber, con una especial atención a los supuestos de resistencia pasiva en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Palabras clave: Cumplimiento de un deber, coacción policial, derecho de reunión, resistencia pasiva.

Abstract: The lawfulness of the violent police actions against subject that do not offer resistance is analyzed in this article. Such behavior of the mentioned law enforcement agency might be deemed as a failure to comply with the legal and jurisprudential requirements of the fulfillment of a duty as an exonerating circumstance. Particular

attention will be given to cases of passive resistance in the exercise of the right of assembly and demonstration.

Key words: fulfillment of a duty, police coercion, right of assembly, passive resistance.

1. Introducción

Con ocasión de protestas sociales que se llevan a cabo a través de manifestaciones, concentraciones, o cualquier otra forma de libertad de expresión constitucionalmente reconocida, cada vez con más frecuencia observamos como, ante ciudadanos que ejercen tales derechos de forma pacífica, se ejerce una actuación policial de desalojo o dispersión totalmente inadecuada y desmedida, tanto por la discutible necesidad del uso de la violencia, como de la proporcionalidad con la que se lleva a cabo. En virtud del art. 20.7 CP bajo la eximente de cumplimiento de un deber, los agentes de policía, en el ejercicio de sus funciones, pueden utilizar la violencia para el mantenimiento del orden público, siempre que quede dentro de la autorización legal que les permite hacer uso de la fuerza con congruencia, oportunidad y proporcionalidad, incluso haciendo uso de las armas, en caso de grave riesgo para su vida o integridad o de terceras personas o grave riesgo para la seguridad ciudadana.

La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1986, si bien establece con cierta claridad y precisión los requisitos necesarios para el uso de las armas por parte de los cuerpos policiales, en lo relativo al uso de la fuerza en general, los criterios son mucho más vagos e imprecisos al recoger sólo las referencias a congruencia, necesidad y proporcionalidad, que básicamente se refieren al uso racional y objetivo de la violencia con criterios de necesidad y medida. En los casos donde el ciudadano está ejerciendo actos violentos, a veces se reclama indebidamente un elemento de agresión ilegítima dando a entender que el agente se defiende del agresor, sin embargo el uso de la violencia policial no es un supuesto de legítima defensa, sino de ejercicio legítimo de las atribuciones del cargo, por ello en los casos de resistencia pasiva donde ni siquiera el ciudadano ejerce violencia alguna, es mucho más necesario establecer los límites de la intervención policial y adaptar los contenidos de los criterios de necesidad, congruencia y proporcionalidad, ya que quien actúa en cumplimiento de un deber o función no puede estar realizando al mismo tiempo una situación típica no tutelada jurídicamente.

Por ello a continuación se quiere analizar la cuestionable licitud del uso de la violencia policial ante actuaciones que, si bien se dan en el marco de una situación general de alteración del orden, se dirigen contra ciudadanos que individualmente no sólo no están actuando violentamente, sino que ni tan siquiera ofrecen resistencia alguna, lo que requiere el estudio de la necesidad y proporcionalidad de la violencia en estos casos, teniendo en cuenta la afección al orden público del derecho de reunión pacífica en lugares públicos, ya que el art. 20.7 CP exige para la aplicación de la eximente que la actuación profesional sea legítima, de tal modo que sólo con esa condición podrán resultar lícitas las conductas delictivas cometidas, en su caso, por los agentes de policía.

2. Régimen de autorización del uso de la fuerza en las actuaciones policiales

2.1. La defensa de orden público y la seguridad ciudadana como criterio regulador

El art. 104.4 de la Constitución Española establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, indicando que una ley orgánica determinará las funciones y principios de actuación de las mismas, misión que ha cumplido la L.O. 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFFCCS) que tanto entre sus principios de actuación en el art. 5.4, como entre sus funciones en el art. 11.1, establece la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, por ser ambos conceptos principios básicos de la convivencia en una sociedad democrática, como indica la EM de la L.O. 1/1992 de 21 Febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana (LPSC), por ello delimitar el marco de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad para protegerlos, supone un reto del Estado de Derecho y una garantía para la actuación legítima de las fuerzas de seguridad, por cuanto el equilibrio libertad-seguridad es la base de la paz social.

Para proteger dicha seguridad ciudadana, son varias las ocasiones en las que el Ordenamiento Jurídico faculta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para hacer uso de la fuerza en el desempeño de sus funciones como son especialmente las dirigidas a mantener

el orden público, perseguir el delito o proceder a la detención de delincuentes. Por su parte el art. 5 n.º 1 ap a) LFFCCS se ocupa del procedimiento a observar en sus intervenciones, basado en el respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, estableciendo en el n.º 2 la prohibición de toda práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia, un uso excepcional de las armas reglamentarias y la necesidad de regirse en sus actuaciones por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

Muchas intervenciones policiales susceptibles de desembocar en actuaciones violentas se enmarcan dentro de la finalidad de mantener el orden público y la seguridad ciudadana, conceptos jurídicos amplios e indeterminados que exigen un esfuerzo de concreción dadas las limitaciones a la libertad que se pueden llevar a cabo bajo su pretensión, pero que en todo caso se mueven dentro del marco legal objetivo y por tanto revisable judicialmente, lo que no hay que confundir con otras potestades discrecionales, que dejan al criterio subjetivo de la Administración la capacidad de elección en sus actuaciones¹.

La seguridad ciudadana quiso situarse en la L.O. 1/1992 en el mismo plano de igualdad que la libertad, bajo la pretensión de su equiparación en el art. 17 CE, sin embargo la seguridad a la que se refiere el art. 17 de la Norma Constitucional junto al derecho de libertad individual no es la seguridad ciudadana o colectiva sino la seguridad como garantía de la libertad personal², por ello la seguridad ciudadana no puede limitar la libertad individual porque no es un derecho fundamental y ante un eventual conflicto entre ambas no hay dudas de que la prevalencia debe ser de la libertad, siempre con criterios de legalidad y proporcionalidad. En consecuencia, esta seguridad ciudadana debe interpretarse en términos de seguridad jurídica y sólo permitir actuaciones excepcionales sin generalizar en ningún caso las restricciones a la libertad individual, por lo tanto la violencia y también el uso de armas se deberá regir por los principios de congruencia, oportunidad y necesidad, entendidas como necesidad de utilizar este medio como único recurso posible de intervención.

Es frecuente utilizar indistintamente los términos orden público, seguridad ciudadana e incluso seguridad pública, de hecho la LFFCCS en alguna ocasión las recoge conjuntamente como el art. 11.1.e) relativo a las funciones de los cuerpos estatales (si bien

¹ SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por parte de la autoridad*, Barcelona, 1995, p. 126.

² Informe CGPJ al Anteproyecto de la L.O. 1/1992.

se refiere a orden, no orden público) y en otras de forma separada, *vgr.* el art. 5.2.d) relativo a uso de armas donde sólo exige que haya riesgo grave para la seguridad ciudadana. Aunque se han formulado algunos criterios de distinción³ que recaen sobre el carácter más reducido, pero de mayor peligrosidad, de la seguridad ciudadana (STC 123/1984 de 18 de diciembre) como se refleja en el terrorismo, delincuencia organizada o de mayor gravedad, dicha propuesta parece más bien un intento de mostrar diferencias competenciales entre cuerpos policiales estatales, autonómicos y locales relativas a la intervención o vigilancia respectivamente de las perturbaciones del orden, sin que sirva a la pretensión de su delimitación a los meros efectos de marcar los límites del uso de la fuerza, ya que en este sentido el art. 5 de la LFFCCS está contemplando unos principios de actuación para todos los cuerpos policiales sin excepción.

La STC 325/1994 de 12 de diciembre, identifica seguridad personal y seguridad pública como la tranquilidad en la calle, es decir el funcionamiento normal de las instituciones y el libre y pacífico disfrute de los derechos individuales, señalando que su denominación en el pasado siglo era la de orden público, con lo cual está identificado los tres términos en un único significado. Sin embargo la jurisprudencia más reciente con una interpretación mucho más restrictiva entiende que no se puede identificar la seguridad pública sólo con la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el sentido de policía de seguridad, sino que se ha de referir a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, como señala entre otras las STC 148/2000 de 1 de Junio. No hay que olvidar en este sentido que de la LFFCCS se puede desprender que el mantenimiento del orden público es un medio para garantizar la seguridad ciudadana, objetivo fundamental de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad junto a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.

A partir de ello, en concordancia con la opinión del Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre el orden público como el ámbito más claro de posición de la llamada policía de seguridad, la seguridad pública como la protección en sentido amplio de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, y la seguridad ciudadana como el mantenimiento de dicha tranquilidad y orden social con pleno respeto al ejercicio de los derechos individuales, de

³ DE LA MORENA y DE LA MORENA, L. «Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente L.O. 2/1986 de 13 de marzo de FFCCS y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal». *Revista de estudios de la Administración local y autonómica* n.º 234, 1987, p. 299.

manera que los ciudadanos se sientan seguros pero protegidos en sus derechos, lo que implica una actuación adecuada y conforme a la protección de derechos fundamentales y libertades públicas.⁴

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la Constitución menciona la seguridad ciudadana como un objetivo a garantizar por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad junto a la protección de derechos y libertades, en su concreción hay que seguir criterios restrictivos y garantistas en la medida que sólo los ataques más graves contra los derechos e intereses individuales y de la comunidad pueden permitir un uso razonable de la violencia, y con la única finalidad de evitar males a bienes y derechos de mayor gravedad, ya que en un Estado democrático, la seguridad ciudadana es mucho más que el orden público, puesto que no sólo no se identifican ambos como en las sociedades dictatoriales, sino que el orden público se limita a ser un presupuesto al servicio de la seguridad ciudadana en los términos garantistas ya señalados.

2.2. *Legitimidad del uso de la fuerza*

En el análisis de la legitimidad del uso de la fuerza en las actuaciones policiales, como normas internacionales hay que tener en cuenta la Declaración de policía de 8 de mayo de 1979 del Consejo de Europa (Resolución 690), y el Código de conducta de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1979, citados en la EM de la LFFCCS, que cumplen un papel de marco deontológico de las actuaciones policiales, y seguidamente, ya como normativa específica, la propia LFFCCS.

En la primera de las normas internacionales se establece que los funcionarios de policía actuarán con determinación, sin recurrir a la fuerza más que lo razonable para cumplir la misión exigida o autorizada por la ley, y se señala la necesidad de dar a los policías instrucciones claras y precisas sobre la manera y circunstancias en las cuales deben hacer uso de las armas, es decir, se trata de un principio rector muy amplio que enfatiza la importancia de la racionalidad de la violencia y la necesidad de precisión en las ordenes jerárquicas, y por su parte, en el caso de la segunda norma internacional, también

⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M.^a J., *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Madrid, 2006, p. 21 y ss, defiende un concepto amplio de seguridad pública que sirve de medio o instrumento para mantener el orden y alcanzar la seguridad ciudadana, siendo el orden público asimismo un presupuesto indispensable de la seguridad ciudadana.

se incide en la necesidad de la violencia, al establecer en 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», lo que supone insistir en ambas normas en una referencia clara a la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza.

En cuanto a la LFFCCS, en su art. 5 establece como principios básicos de la actuación de los cuerpos policiales los siguientes:

a) En relación al ordenamiento jurídico:

«ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

b) En relación a la comunidad se destaca especialmente:

prohibición de *«cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral»;*

obligación de *«observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos... dando información cumplida sobre la causa y finalidad de sus intervenciones»;*

obligación de actuar bajo los *«principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance»;*

obligación excepcional de *«usar las armas sólo cuando 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 esta manera, en la regulación legal de las actuaciones e intervenciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad se recoge una prohibición general, una obligación general y una obligación excepcional, es decir, una prohibición general de cualquier comportamiento policial abusivo, arbitrario o discriminatorio que suponga violencia física o moral, una obligación general de actuar con un trato correcto y esmerado y de utilizar los medios a su alcance con congruencia, oportunidad y proporcionalidad, y finalmente una obligación excepcional de hacer uso de las armas sólo en caso de grave riesgo para su vida o integridad o de terceras personas o grave riesgo para la seguridad ciudadana de acuerdo también con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, que debería entenderse como una autorización como más adelante se analiza. Con ello, en las actuaciones en general la referencia legal es que los cuerpos policiales utilicen los medios a su alcance con congruencia,

oportunidad y proporcionalidad lo que exige un juicio valorativo ex ante de dicha adecuación, y en relación al uso de armas, además de ser una autorización excepcional, se limita a la existencia de riesgo racionalmente grave para la vida o integridad física de las personas o existencia de grave riesgo para la seguridad ciudadana, lo que exige concretar no sólo el concepto de grave riesgo sino también el de seguridad ciudadana.

Como obligaciones concretas, el art. 5.3.b) LFFCCS establece el respeto a la vida y la integridad física de las personas y el respeto a su honor y dignidad en las operaciones de detención o custodia y el art. 16 LPSC exige la adopción de medidas necesarias para la protección de reuniones y manifestaciones, permitiendo en los supuestos legales su disolución en la forma que menos perjudique. Todo ello suponen referencias claras al carácter subsidiario de las actuaciones policiales más lesivas para los derechos de los ciudadanos, con indicación expresa de actuar conforme al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los casos de resistencia, negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación.

Dado el carácter de ley orgánica de la LFFCCS y la LPSC, los posibles conflictos entre la responsabilidad penal por las actuaciones realizadas y la autorización legal relacionada con la actuación profesional o la protección de la seguridad ciudadana, deben resolverse con el principio de interés preponderante, que otorgará eficacia justificante a las actuaciones realizadas conforme a un uso profesional correcto en la medida que hayan servido para proteger un bien de mayor valor que el que resulte lesionado, lo que implica una actuación legal dentro de las competencias del cargo respetando los principios de necesidad y proporcionalidad.

3. Justificación penal de las conductas delictivas cometidas con ocasión de la violencia ejercida por parte de los agentes de policía

3.1. La exigente de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

De forma general se entiende que la exigente del art. 20.7 CP, como cláusula general de justificación, se divide en dos grandes ámbitos el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber, de manera que el ejercicio legítimo de un oficio y el ejercicio

legítimo de un cargo no son más que manifestaciones de ambos ya que tanto ejercitando un oficio como un cargo se puede ejercer un derecho o cumplir un deber.

Dejando de lado el ejercicio legítimo de un derecho y teniendo en cuenta que el ejercicio legítimo de oficio, como contraposición al ejercicio legítimo de cargo, se refiere a aquellas profesiones de carácter privado⁵ que admiten un ámbito de libertad de decisión en el ámbito de las profesiones regladas o no por colegios profesionales, el ejercicio legítimo de un cargo siempre ha de ser público, vinculándolo en todo caso a función o empleo de naturaleza pública, lo que plantea la dificultad de diferenciar su ámbito de aplicación respecto al cumplimiento de un deber⁶, en especial en las actuaciones policiales.

Hay quien sostiene que no es procedente distinguir entre cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un cargo, por entender que su gran semejanza impide diferenciarlas y que, como manifestación del cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un cargo en todo caso se está refiriendo a un deber jurídico de actuar, lo que permite aplicar indistintamente una u otra cuando se trata de actuaciones policiales, en este sentido la STS 24.06.1988 (R.5318) señala *«aunque no coincidan plenamente el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un cargo, no hay duda de que se produce un amplio solapamiento en el contenido de ambas causas de justificación cuando el interesado es la autoridad o agente que desempeña un cargo público, lo que se traduce en la exigencia de que se ostente aquel carácter y se actúe en el marco de las funciones específicas»*

Otra opción, sin embargo, consiste en delimitar su respectivo campo de actuación por exigencias de seguridad jurídica y por la posibilidad de distinguir entre los dos ámbitos a los que se dirige, es decir, entendiendo el cumplimiento de un deber como la actuación ante exigencias de naturaleza legal en el ámbito amplio de la función pública y el ejercicio legítimo del cargo limitado al específico que se desempeñe; en ese caso se podrían dar dos niveles de diferenciación, el primero distinguiría entre el cumplimiento de los deberes legales de todo funcionario público y el de los derivados del ejercicio legítimo

⁵ Vgr. abogados, periodistas, médicos o deportistas.

⁶ En el derecho comparado se puede citar el CP alemán que no recoge esta exigencia por considerarse innecesario ante la evidencia de que no actúa ilícitamente quien cumple un deber jurídico, y en sentido opuesto el CP italiano que la recoge en dos preceptos diferentes, por un lado el cumplimiento de un deber y por otro el uso ilegítimo de armas y otros medios peligrosos, como un supuesto autónomo y subsidiario del primero. Mazzon, R., *Le cause de giustificazione*, Padova, 2006, pp. 382.

del cargo específico de la función policial⁷ y el segundo marcaría la diferencia entre las actuaciones policiales genéricas y las propias del cargo, esto llevaría a distinguir entre el cumplimiento del deber legal de todos los agentes policiales y el de los que ostentan cargos o funciones específicas, lo que puede presentar algunos inconvenientes.

Entre dichos inconvenientes, en primer lugar se puede destacar que dificulta su aplicación duplicando su regulación de manera innecesaria⁸, ya que todo cargo público cuando actúa en el marco de sus funciones está cumpliendo un deber jurídico debido a que el cargo es una especie dentro del género cumplimiento de un deber, en segundo lugar obliga a resolver un problema de competencia y atribución en las funciones desempeñadas para la aplicación de uno u otro aspecto de la eximente cuando dicho análisis queda dentro del requisito de haber actuado dentro de las funciones de su cargo como expresión de haber actuado con autorización legal, y finalmente, ignora que dentro del ejercicio legítimo de un cargo «se derivan posiciones jurídicas complejas»⁹ de las que dimanan tanto derechos y facultades como deberes y obligaciones, por lo tanto no siempre el ejercicio legítimo de un cargo deriva del cumplimiento de un deber.

Aunque la diferencia es baladí porque se trata de la misma eximente, el análisis de la licitud de las actuaciones policiales resulta más adecuado resolverlo con el cumplimiento de un deber porque en el ejercicio de las funciones policiales sólo se puede hacer uso de la fuerza cuando se está cumpliendo el deber jurídico de actuar empleando medios violentos, porque se trata de un deber jurídico, y no un deber subjetivo, que exige que se trate de una actuación dentro de sus competencias y con las formalidades previstas legalmente, es decir se trata del cumplimiento de un deber derivado de un cargo público. Por ello entendiendo la función policial+ como ejercicio legítimo del cargo sólo el uso de la fuerza que sea manifestación de un deber jurídico de actuar desde una perspectiva ex-ante podrá justificar las actuaciones violentas en el ámbito del cumplimiento de un deber, lo

⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, M. I. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas...* cit. pp. 54 y 74.

⁸ La STS 17.5.1988 (3681) entiende que no basta con que los agentes de policía estén de servicio y como tal vistiendo uniforme y circulando en un vehículo propio de su función y dotado de los medios indicativos de ello, sino que necesariamente ha de sobreañadirse un plus representado por el dato de cuál sea su función específica y que se divide en dos: que la actuación esté dentro del círculo normativo que la reglamente como propia, y que aun no estándolo obedezca a una subsidiariedad impuesta por la precisión de evitar la producción de un mal superior al que se trata de evitar.

⁹ COBO, M.-VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1996, p. 436, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, Madrid, 1982, p. 163.

que nos lleva a entender que el núcleo de la autorización legal de la violencia policial está en el seno del cumplimiento de un deber ya que bajo las competencias del cargo pueden generarse derechos que excedan de este aspecto de la eximente, de esta manera en el ámbito de la eximente de cumplimiento de un deber las actuaciones policiales que den lugar a una conducta típica sólo podrán resultar justificadas si, cumpliendo las formalidades legales previstas, quedan dentro de la autorización legal correspondiente y han pasado un «examen previo de deber» que lleva al funcionario a actuar de forma lícita con criterios objetivos de corrección de la conducta, y no subjetivos del mismo, lo que además nos va a servir para diferenciar los supuestos de error en la apreciación de la licitud de la conducta, de los de prácticas abusivas o arbitrarias, ya que en estas últimas su manifiesto distanciamiento del uso correcto de la profesión no permite hablar de error, imprudencia o extralimitación, sino claramente de ilicitud.

El fundamento general de la exención recogida en el art. 20.7 CP radica en que cumplir un deber legal o ejercer un derecho como cláusula general de justificación da lugar a la licitud de la conducta típica ya que en virtud de la congruencia del ordenamiento jurídico como conjunto unitario interrelacionado, lo que está permitido en un sector debe estarlo también en el resto y por ello ejercer un derecho o cumplir un deber legal derivado de cualquier sector del ordenamiento jurídico determina la licitud de la acción típica desde el punto de vista penal¹⁰. La idea central de esta causa de exención, como del resto de las causas de justificación reside en el interés preponderante de manera que quien, en cumplimiento de un deber legal, realiza una acción típica prohibida u omite una obligación de intervenir actuará lícitamente en la medida que ese deber legal sea superior o reporte mayor interés que el de naturaleza penal, por eso las actuaciones policiales podrán entrar en conflicto con intereses tutelados por la norma penal ya que siendo un deber legal la actuación para garantizar la seguridad ciudadana ello puede llevar a los agentes a incumplir los mandatos de la ley penal pero sólo en los términos señalados por el marco legal del deber jurídico, es decir, si los cuerpos policiales tienen atribuida la facultad del uso de la fuerza para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, dicha actuación violenta no puede ser al mismo tiempo ilícita penalmente, por la

¹⁰ CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación...* cit. p. 111, CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» *ADPCP*, 1987, p. 274, RECIO, M., «La eximente del n.º 1 del art. 8 del CP de cumplimiento de un deber en su aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Públicos», *Diario La Ley*, 1995, p. 2.

prohibición general del uso de la violencia, salvo que se encuentre bajo algún aspecto excepcional que les legitime, como indica de manera abstracta dicha eximente y de forma concreta el análisis del proceder de los agentes de policía.

Como consecuencia de ello el análisis de legalidad del uso de la fuerza por parte de los cuerpos policiales exige acudir al marco legal de sus actuaciones que nace de la función que les atribuye la Constitución en el art. 104 de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, lo que por imperativo constitucional es desarrollado en la LFFCCS que recoge los principios de actuación específicos que deben seguirse en cumplimiento de los fines constitucionales, siguiendo las pautas de la Declaración de Policía del Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979 y del Código de conducta para funcionarios de policía encargados de cumplir la ley aprobado por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1979, como ya se ha señalado anteriormente.

En virtud de dicha previsión legal los agentes de policía pueden verse obligados a hacer uso de la fuerza precisamente para cumplir la obligación legal de preservar la seguridad ciudadana y restablecer el orden, violencia que se ha de utilizar no de manera ilimitada sino sometida al marco legal, lo que supone un juicio de legalidad que en algunos delitos está expresamente mencionado como el delito de coacciones que exige en la conducta típica que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado a usar la violencia, o el de detenciones ilegales que en el caso de los funcionarios públicos exige que sea fuera de los casos permitidos por la ley, pero que en otros como las lesiones, detenciones ilegales u homicidio exige el análisis de la aplicabilidad de esta eximente.

En términos generales para dar cumplimiento a la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber además de comprobar la condición de funcionario público que actúa dentro de las funciones de su cargo habrá que verificar que la actuación sea necesaria en lo general y proporcionada en lo individual, pero en términos particulares habrá que estar a cada tipo delictivo para comprobar la licitud o no de la conducta teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y las posibilidades de su lesión o puesta en peligro ante autorizaciones legales que convierten en justificada la conducta típica.

3.2. Requisitos legales e interpretación jurisprudencial

El Tribunal Supremo ha establecido una doctrina con respecto al uso de la fuerza por los funcionarios policiales en el sentido de exigir

el cumplimiento de determinados requisitos como son que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo, que el recurso de la fuerza sea totalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados, que la utilización de la fuerza sea proporcionada y que concurra un determinado grado de resistencia por parte del sujeto pasivo que justifique que sobre el mismo recaiga el acto de fuerza, como señala entre otras la STS 30.09.2002 (R.8676).

De esta manera, como señala en síntesis la STS 1.12.1999 (R.8567) para que sea aplicable esta causa de justificación a un supuesto de uso de fuerza por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, son necesarios los siguientes requisitos: 1. Que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias del cargo, es decir que cumplan un deber jurídico en el sentido amplio de actuación con cobertura legal y en el sentido concreto de actividad dentro de sus competencias. 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, lo que supone una referencia a la intervención mínima o necesidad abstracta del uso de la fuerza. 3. Que la fuerza utilizada sea proporcionada, actuando sin extralimitación, es decir necesidad concreta de la violencia empleada. 4. Que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique que recaiga el acto de fuerza sobre si mismo.

Todos ellos requieren el siguiente análisis crítico:

En primer lugar el agente de policía debe desempeñar las funciones propias de su cargo:

Para que la exigente de cumplimiento de un deber se pueda aplicar en los supuestos de uso de la fuerza por parte de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad es necesario que se den los requisitos del art. 24.2 CP que establece que a los efectos penales es 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. Con el criterio de dicho art. 24.2 CP, todos los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policía Autónoma y Policía local son funcionarios públicos, ya que participan del ejercicio de funciones públicas y están habilitados para ello por Ley o nombramiento de autoridad competente, independientemente de que tengan su plaza en propiedad, sean interinos, eventuales, sustitutos o funcionarios en prácticas. Además, todos ellos según el art. 2 de la LFFCCS son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y según el art. 7.1 de la misma Ley, en el ejercicio

de sus funciones tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad.

Su participación en el ejercicio de la función pública queda fuera de toda duda ya que la seguridad pública lo es sin ninguna duda al cumplir las distintas concepciones que hay sobre la misma: la subjetiva porque está realizada por órganos públicos, la objetiva porque está sometida al régimen del Derecho Público y la teleológica porque sirve al interés público¹¹.

Lo mismo sucede en cuanto a las vías de habilitación, ya que en el caso de los funcionarios de carrera se puede entender como tal la resolución que publique su nombramiento legal, lo que ha de entenderse como disposición inmediata de la ley, mientras que en el caso de interinos y sustitutos es el nombramiento de autoridad competente lo que les convierte en funcionarios a efectos penales por participar eventualmente en funciones públicas; sin embargo, no son funcionarios los llamados funcionarios de hecho, es decir quienes se atribuyen por propia iniciativa la cualidad de funcionario, y quienes habiéndose incorporado por las vías señaladas en el art. 24 no reúnen las condiciones exigidas jurídicamente para ello, *vgr.*, el oficial de policía que carece de la titulación necesaria. A pesar de la aparente similitud de ambos supuestos, la diferencia entre ellos radica en que en el primero de ellos se trata de una especie de usurpación que en ningún caso puede permitir considerar, a quien se la atribuye, la cualidad de funcionario público y con ello poder actuar bajo la exención de cumplimiento de un deber, mientras que en el segundo caso se trata de un sujeto que ejerce funciones públicas, aunque su nombramiento adolezca de un vicio formal, por lo tanto si se le debe considerar funcionario público y en su caso ser susceptible de alcanzarle la exención. Como supuesto específico de funcionarios de hecho, los policías en prácticas han sido considerados en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo como funcionarios a efectos penales al entender que han recibido una designación por quien tiene facultades para hacerla, aunque no haya llegado a perfeccionarse o culminarse la relación funcional o administrativa, como señala entre otras la STS 28.1.1993 (R. 214).

El personal de seguridad privada, por su parte, es muy amplio porque tal denominación acoge a vigilantes de seguridad, jefes de seguridad, escoltas privados, detectives privados, y guardias particulares, siendo el caso de los vigilantes privados o de seguridad

¹¹ Todas ellas juntas conforman la tesis mixta defendida por VIVES ANTÓN, T. S., en *Detenciones ilegales*, Barcelona, 1977, pp. 51-52.

privada el que puede presentar algún problema de interpretación en el concepto de funcionario público a efectos penales (especialmente en la interpretación del delito de atentado) por su labor de auxilio a las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. En este sentido el Decreto de 10 marzo de 1978 les consideraba autoridad cuando se hallaren en el ejercicio del cargo y vistieran el uniforme reglamentario, lo que permitía aceptar que pudieran ser sujeto pasivo de un delito de atentado, como señala la STS 18.12.1990 (R.9563), sin embargo una corriente jurisprudencial posterior más restrictiva entendió que el rango de Decreto que tenía la norma que les atribuía tal carácter no podía ser tenida en cuenta por aplicación del principio de reserva de ley, y por ello no podía extenderse la protección penal a los funcionarios públicos por vía reglamentaria, en este sentido STS 25.10.91 (R.7382) y STS 6.5.1992 (R.4313).

Posteriormente la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada, pese a configurarlos como servicios complementarios y subordinados a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en sus actividades de vigilancia y seguridad de personas o bienes, les niega toda consideración como Agentes Públicos de la Autoridad, razón que lleva a la jurisprudencia desde entonces a negarles el carácter de funcionario público como la STS 18.11.1992 (9605) respecto a un delito de atentado y la STS 7.4.1993 (3048) respecto a un delito de cohecho.

Sin embargo, la STS 12.7.2006 (R.6129) al enjuiciar unos altercados violentos en los que se ven implicados vigilantes jurados de una empresa de seguridad a las órdenes de un inspector del CNP en un dispositivo de seguridad preparado con ocasión de un encuentro de fútbol, sí que legitima el uso de la fuerza empleada por un vigilante privado, pero en este caso dentro del cumplimiento legítimo de un oficio, por su obligación de auxiliar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como complemento de la seguridad pública en virtud del art. 1.4 de la Ley 23/1992, ya que según disponen los artículos 77.1.a) y 77.2 del Reglamento de Seguridad Privada (RD 2364/1994 de 9 de diciembre) les corresponde *«ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos»*, debiendo seguir las instrucciones que les impartan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con la obligación de colaborar con las mismas dentro de los locales o establecimientos en que presten sus servicios en cualquier situación en que sea preciso para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana. Para ello además de actuar bajo la subordinación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y por tanto cumpliendo los requisitos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, deben desempeñar legítimamente sus funciones, recogidas en el art. 121

de la Ley 23/1992 de 30 de julio consistentes en estar integrados en empresas de seguridad, vestir el uniforme identificativo correspondiente y ostentar distintivo del cargo que ocupan, aprobado por el Ministerio de Interior, en todo caso diferente y no confundible con los habitualmente empleados por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Determinada la condición de funcionario público, para la aplicación de la eximente además es necesario que se haya actuado en el ejercicio de sus funciones, es decir, ejercer actuaciones dentro del ámbito de sus atribuciones o competencias genéricas y no específicas, quedando fuera los casos de incompetencia absoluta o cuando se actúe por intereses particulares, en este sentido el art. 5.4 LFFCCS establece como regla general para todos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una dedicación absoluta a sus funciones al declarar *«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 la seguridad ciudadana»*, lo que expresa un servicio permanente en el ejercicio de la defensa de la seguridad ciudadana que les obliga a intervenir en defensa de la ley en todo momento y lugar, aun estando francos de servicio, como declara la STS 14.2.1997 (R.1357). Otras veces la Jurisprudencia, como es el caso de la STS 14.5.1998 (R.3202), es más restrictiva al exigir que el agente obre en el ejercicio de un cometido específico, lo que implica que no baste con que el agente se encuentre de servicio, uniformado y con vehículo oficial sino que actúe dentro de sus funciones específicas¹², con un concepto funcional que refuerza las exigencias de legitimidad para los casos en los que está fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia.

El requisito de ir uniformado es muy importante por ser el que puede en su caso identificar un uso legítimo de los medios violentos, en este sentido la STS 20.5.2008 (3101) declara la innecesariedad de la violencia ejercida porque el rechazo de un conductor a salir del automóvil y acatar la orden de detención era que los agentes actuantes no estaban de uniforme, y desconocía su condición de tales, pues tampoco exhibieron la placa, teniendo en cuenta que hubiera bastado para la efectividad del mandato que desde un principio cualquiera de ellos hubiese avisado a la comisaría, que distaba unos treinta o cuarenta metros del lugar en el que estaba estacionado el vehículo, para solicitar la presencia de una patrulla uniformada.

¹² TOLEDANO TOLEDANO, J., «La actuación policial y la eximente de cumplimiento de un deber», *Ciencia Policial*, 2009, n.º 92, p. 76.

En cuanto a las funciones específicas hay que tener en cuenta que en la LFFCCS el art. 11.1.e) establece en exclusiva para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la de «mantener y restablecer en su caso el orden y la seguridad ciudadana» distribuyendo las competencias entre Policía Nacional y Guardia Civil y que en el caso de la Policía Local como cuerpo que puede participar en dichas funciones habría una doble limitación en relación a las competencias: la objetiva y la territorial; en el primer sentido hay que tener en cuenta que sólo pueden colaborar en las funciones de vigilancia para el mantenimiento del orden¹³ ya que las de restablecimiento del mismo una vez se haya perturbado son exclusivas de los cuerpos estatales (a salvo de las excepciones autonómicas)¹⁴ y en relación a la competencia territorial el art. 51.3 establece «dichos cuerpos sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes» lo que da lugar a entender que más allá de este territorio habrá incompetencia absoluta y por tanto actuarán como particulares. Es decir, quedarán fuera de la eximente los supuestos en los que los agentes de la Policía Local actúen como particulares o fuera de servicio (al igual que el resto de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad), pero también aquellos en los que actúen fuera de su demarcación local como incompetencia absoluta, lo que supone la ilicitud de cualquier conducta típica realizada en estos términos.

En segundo lugar debe realizarse un uso de la fuerza racionalmente necesario:

Como corolario de toda causa de justificación, en virtud de la preponderancia de intereses la conducta típica realizada por el agente de policía resultará justificada siempre que tenga la obligación legal de actuar empleando violencia, es decir que sea imprescindible el uso de la violencia, lo que implica un «examen previo conforme a deber»¹⁵ sobre la necesidad racional de la violencia y sobre las consecuencias que puede tener su empleo teniendo en cuenta el orden de valores del Ordenamiento Jurídico, de esta manera sólo si su empleo produce un daño menor que su no empleo podrá justificarse su uso, partiendo de la base de que el uso de la violencia siempre es rechazable y sólo se justifica para evitar males de mayor gravedad y por tanto proteger bienes de mayor valor. En este sentido el examen previo conforme a deber cuando se trata de conductas abusivas,

¹³ Según establece el art. 1.3 LFFCCS.

¹⁴ DE LA MORENA y DE LA MORENA, L., *op. cit.*, p. 295.

¹⁵ CARBONELL MATEU, J. C., «El abuso de la violencia por la autoridad pública o su agente», *Diario La Ley*, 1983, Tomo 3, p. 1.

arbitrarias o vejatorias no debería justificar en ningún caso la conducta cuando ex-post se considere que no fue necesaria para el fin propuesto de salvaguarda de la seguridad ciudadana, por cuanto en estos casos siempre debe prevalecer la dignidad humana sobre el resto de intereses en conflicto, mientras que en el uso de la fuerza puede haber situaciones en la que ex-ante pueda entenderse como necesario su uso, y con ello su consecuente legitimidad, aunque no siempre lo sea ex-post¹⁶.

La doctrina distingue entre necesidad de violencia en abstracto y necesidad de violencia en concreto, entendiendo que como requisito cualitativo no existirá «necesidad en abstracto» cuando para lograr el fin perseguido por la autoridad o sus agentes no sea imprescindible emplear cualquier género de violencia; mientras que la «necesidad en concreto» como requisito cuantitativo equivale a la idoneidad del medio específicamente interpuesto o utilizado y la intensidad con la que se emplee, necesitando en ambos casos un análisis de las circunstancias de cada caso en concreto.

La importancia de esta distinción reside, entre otras cosas, en que si no existe necesidad abstracta del empleo de la fuerza, no operará la eximente, ni como completa ni como incompleta por extralimitación en las funciones, por tratarse de un exceso extensivo en el mismo uso de la violencia, mientras que si lo que falta es la necesidad concreta, por desproporción de los medios empleados, sólo podrá haber, en su caso, eximente incompleta al estar en el marco del exceso intensivo relativo a la intensidad de la violencia ejercida.

La necesidad en abstracto requiere un juicio valorativo ex-ante a realizar por el agente de policía para valorar si es o no necesario el uso de la fuerza en atención a las circunstancias que rodean el hecho, y la necesidad en concreto lo requiere más bien ex-post para determinar si fueron los medios más adecuados para esa determinada situación. Todo ello implica respetar el carácter de última ratio o carácter subsidiario como requisito justificante del uso de la violencia que desplace otros por inoperantes, inadecuados o insuficientes, es decir partiendo de la base de la actitud de resistencia o de peligro, hay que valorar si la gravedad de la situación exige necesariamente el uso de medios violentos o si se trata de una extralimitación o abuso de poder, y tener en cuenta que si no hay actitud de resistencia, desafiante o de peligro por parte del ciudadano, otros medios menos lesivos son preferentes.

¹⁶ CARBONELL MATEU, J. C., «La justificación...cit.» p. 11.

En la graduación de los bienes jurídicos que pueden justificar un uso razonable de la fuerza por parte de los cuerpos policiales, el bien jurídico vida e integridad goza de la mayor protección y por tanto no puede ser desplazado por otros de menor valor como la seguridad ciudadana o el orden público, y del mismo modo los tratos inhumanos y degradantes o tortura nunca pueden eximir por ser un grave atentado a la dignidad humana¹⁷, lo que implica tanto los atentados más graves contra la dignidad humana, como son los supuestos de tortura, como los más leves consistentes en trato incorrecto, ya que en este último caso resulta totalmente innecesario e injustificado por extralimitarse de las funciones propias del cargo que exigen un trato esmerado y correcto con los ciudadanos. De esta manera un uso razonado y moderado de la fuerza podría justificar eventuales daños personales sobre los ciudadanos siempre que sea necesario y proporcionado como puede ocurrir con las actuaciones estrictamente ligadas a las funciones policiales, *vgr.* la necesidad de inmovilizar, reducir, disolver o esposar, pero no supone una licencia para hacer un uso ilimitado de la violencia.

La STS 22.1.2005 (R.1004) corrige la sentencia de instancia apreciando la eximente incompleta a un agente de policía que tras requerir la identificación a un conductor sospechoso de tráfico de drogas, produce un forcejeo con empujones en el que se cruzan algunos golpes, consigue esposarle y pese a ello saca de su vehículo la defensa y le golpea en la cabeza. Es verdad que hubo resistencia inicialmente por parte del conductor, y que había sospechas de un delito grave, pero sin embargo en el *factum* de la sentencia se diferencian perfectamente tres episodios sucesivos:

- en un primer momento, los policías actuantes detectan una operación de presunto narcotráfico, y detienen el vehículo en donde éste se produce.
- en segundo lugar, existe una frontal resistencia de los implicados, particularmente de uno de ellos, que forcejea con los policías nacionales, hasta hacer caer a éstos al suelo, e incluso se producen lesiones al policía imputado.
- finalmente, en la operación de esposamiento, e incluso posteriormente, se producen las lesiones y una caída del detenido, en su intento de huida.

¹⁷ Respectivamente CARBONELL MATEU, J. C., *El abuso de...* pp. 2 y CEREZO, J., *op. cit.* p. 282.

Es en este último episodio donde la Sala reconoce una extralimitación en el ejercicio policial, que le lleva a contemplar la eximente incompleta de cumplimiento de un deber, oficio o cargo, por entender que hay un exceso en los medios empleados, cuando en realidad el uso de la defensa con un sujeto ya esposado, y que no consta que ofreciera resistencia en esos momentos resulta totalmente innecesaria, y por tanto arbitraria, con ello como se ha señalado anteriormente una actuación inicialmente lícita pasa a ser ilícita por la forma en la que se lleva a cabo.

Un supuesto específico de innecesariedad de la violencia son los casos en los que el agente está actuando por motivos particulares y ajenos a la función pública ya que en ellos el agente está actuando fuera del ejercicio de su cargo o lo está haciendo de forma no legítima, lo que se puede dar cuando se actúa por venganza, represalia o ira, esto sucede en ocasiones cuando la actitud del ciudadano es hostil o beligerante y desencadena en el agente una utilización de la violencia pese a no ser ya necesaria, *vgr.* la STS 20.5.2008 (R.3101) considera innecesario, superfluo y arbitrario el uso de la violencia en un supuesto, en el que a un agente le movió a actuar violentamente, el malestar que le había producido un cruce de insultos en un semáforo con un ciudadano.

En tercer lugar la fuerza utilizada debe ser proporcionada:

Se refiere a la idoneidad de los medios violentos empleados, teniendo en cuenta el peligro existente, el daño que se quiere evitar y el que se va a producir, sobre la base de la subsidiariedad dentro de los medios violentos de aquellos más graves, como evidentemente es el uso de armas. En una situación de tensión, peligro y riesgo es sumamente difícil realizar esta ponderación con serenidad lo que forma parte de la compleja labor policial, de hecho si no la hubiera, hay otras figuras penales que pueden ser aplicadas como la imprudencia o el error, pero es una exigencia del Estado de Derecho garantizar que los agentes del orden lleven a cabo sus funciones con profesionalidad, rigor y respeto a la legalidad, con una especial atención a la prohibición de los tratos abusivos, incorrectos o vejatorios sin que quepa hablar de error sobre la necesidad de actuar de ese modo (error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación) cuando se trate de un incumplimiento notorio y evidente de las obligaciones legales del cargo.

Es conveniente matizar las diferencia entre actuaciones arbitrarias y abusivas que no pueden en ningún caso ser consideradas lícitas por suponer un ejercicio ilegítimo y extralimitado del cargo, que al tratarse de un uso excesivo por innecesariedad del uso de

la violencia, no permiten la exención completa ni incompleta¹⁸, de aquellas otras en las que aun siendo necesario el uso de la fuerza no lo es en la manera concreta en que se ha utilizado, ausencia de necesidad concreta del uso de la fuerza, que sí que puede dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta; en los primeros el uso de la violencia no está en ningún caso justificada, mientras que en los segundos la violencia está justificada pero hay un exceso en los medios empleados o en su intensidad, STS 16.1 1998 (R.15).

Y finalmente que la víctima ofrezca resistencia o actitud de peligro:

Este último elemento cobra una especial importancia puesto que es el punto de partida que abre la puerta a la autorización, en su caso, del uso de la fuerza como elemento subsidiario, ya que en la medida en que el particular no se resista es razonable pensar que existan otros medios susceptibles de ser utilizados, lo que no significa que deba exigirse previa agresión, como hacía anteriormente el Tribunal Supremo, ya que no solo no respeta la exigencia de legalidad al exigir un plus que la literalidad del Código Penal no recoge, sino que confunde el campo de aplicación de esta eximente con la legítima defensa¹⁹, razón que llevó al Alto Tribunal a consolidar el abandono de este criterio en la STS 20.10.1980 (3720). Esta resistencia o actitud desafiante conduce muy frecuentemente a la aparición del delito de atentado en la conducta del particular que se enfrenta al agente que se comporta de manera violenta, lo que también va a exigir la presencia de la legitimidad de la actuación del cargo como requisito típico de esta figura delictiva, es decir, sólo se admitirá la figura del atentado cuando el agente actúe violentamente dentro de la legalidad, sin embargo cuando la actuación policial es arbitraria no habrá delito de atentado por faltar el requisito típico de estar ejecutando las funciones de sus cargo, propias de la figura del art. 550 CP, y del mismo modo, las respuestas de los ciudadanos a las conductas abusivas policiales sólo se podrán castigar, en su caso, fuera del ámbito típico de esta figura delictiva²⁰.

En algunas ocasiones se añade un elemento subjetivo²¹ consistente en actuar con ánimo de cumplir el deber lo que, además de no es-

¹⁸ CARBONELL MATEU, J. C., «El abuso...» cit. p. 3. ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 3.^a Ed. Valencia, 2011, p. 357.

¹⁹ Eximente de legítima defensa que es expresamente rechazada por algunos autores en las intervenciones policiales como CEREZO, J., *op. cit.*, pp. 282 o QUERALT, J.J., «Tirar a matar» CPC n.º 21, 1983, pp. 736.

²⁰ ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, Navarra, 2004, p. 193.

²¹ Sobre los elementos subjetivos de esta eximente, entre otros GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 130 y 145.

tar legalmente previsto, puede llevar a considerar ilícitas conductas desprovistas de este ánimo pero que consiguen un resultado valioso en la ponderación de intereses, solución incorrecta en un Derecho Penal basado en la exclusiva protección de bienes jurídicos. Cuestión distinta es valorar el riesgo de incertidumbre en el que se mueven los funcionarios públicos en situaciones tensas que exigen rapidez en la decisión de actuación y que se puede traducir en la exigencia de un «examen conforme al deber» como juicio *ex ante* de ponderación de intereses desde la perspectiva del funcionario público pero con criterios objetivos que incluso pueden llevar a considerar lícita su actuación aunque *ex-post* se considere que no haya sido beneficiosa²², lo que podría admitirse siempre que fuera razonable dicho juicio o examen previo conforme a deber, con la excepción de las conductas arbitrarias o abusivas, que se mueven claramente fuera del límite de la legalidad.

4. Uso de la fuerza frente a la resistencia pasiva en reuniones y manifestaciones públicas

4.1. *El derecho de reunión y la resistencia pacífica*

La Constitución en su art. 21 recoge el derecho de reunión y manifestación como un único derecho, que se puede ejercitar en lugares fijos (reuniones) o bien discurriendo a lo largo de un itinerario (manifestaciones)²³, siendo desarrollado por la L.O. 9/1983 de 15 de julio reguladora del derecho de reunión. En virtud de dicha regulación existe el derecho a reunirse pacíficamente sin armas, sin ser necesario pedir autorización previa²⁴, salvo que se trate de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones, siendo además posible su *prohibición* sólo cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes, y también su suspensión y posible *disolución* cuando se consideren ilícitas según las leyes penales, cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, o cuando los asistentes usen uniformes paramilitares. Este derecho está estrecha-

²² CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal...* pp. 163-167.

²³ Díez PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., 2005, pp. 375.

²⁴ La autorización previa es un medio de control del derecho de reunión que nada tiene que ver con la necesidad de comunicación a la autoridad gubernativa, si se va a llevar a cabo en lugares de tránsito público, cuya finalidad es facilitar la adopción de medidas de prevención para evitar alteraciones del orden y con ello mejorar la protección del ejercicio de este derecho constitucional.

mente relacionado con el derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 20 Constitución, siendo característico que en este caso se ejercite de manera colectiva, de hecho el carácter de reunión exige un mínimo de veinte personas, siendo también necesario que esté previamente concertada, que sea temporal y con la finalidad lícita de expresar ideas o reivindicaciones. Estos requisitos dejan fuera de la definición legal de reuniones a las que se producen de manera espontánea, y convierten al derecho de reunión en un derecho que no es absoluto, ni ilimitado, ya que tiene tres límites constitucionales: que sea pacífica, que los asistentes no porten armas²⁵ y que sólo se necesite la comunicación previa a la autoridad gubernativa si se realiza en lugares de tránsito público²⁶.

De esta manera hay que delimitar las reuniones que pueden ser prohibidas, lo que es una facultad gubernativa, que según reza el art. 21 CE son aquellas en las que existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes y se desarrollen en lugares de tránsito público, de aquellas reuniones y manifestaciones que se deben suspender o disolver, que según señala el art. 5 L.O. 9/1983 de 15 de julio son las que exigen la producción efectiva de alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, ser constitutivas de delito o cuyos asistentes hagan uso de uniformes paramilitares.

Comenzando por las reuniones y manifestaciones que pueden ser prohibidas deben reunir dos requisitos: desarrollarse en lugares de tránsito público y que existan razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

La necesidad de que se produzcan en lugares de tránsito público debe interpretarse de manera restrictiva²⁷, ya que una reunión colectiva de personas en la vía pública es necesario que ocupe lugares de tránsito, limitando la circulación de las personas e incluso los vehículos, pero ello no debe ser suficiente para limitar el derecho de reunión, sino que se debe exigir que produzca trastornos graves

²⁵ La prohibición de portar armas debe valorar el número de asistentes que las portan, la calidad de las mismas, la actitud de los que nos las llevan... para ponderar si se trata o no de un indicio significativo del carácter violento de la reunión. García-Escudero, P./Pendas, B. «Régimen jurídico del derecho de reunión.» *Revista de Derecho Político*, n.º 22, 1986, pp. 208.

²⁶ JAVATO MARTÍN, A. M., «Libertad de reunión y Derecho Penal: análisis de los arts. 513 y 514 del CP» *InDret* 3/2011, pp. 23, 25.

²⁷ JAVATO MARTÍN, A. M., *op. cit.* pp. 27, citando varias STC en este mismo sentido como STC 42/2000 de 14 febrero.

y colapsos prolongados de la circulación²⁸, lo que justifica la comunicación a las autoridades con el fin de que tomen las medidas preventivas oportunas para conciliar el derecho de reunión de unos ciudadanos con el derecho a la libre circulación de otros, o incluso propongan modificaciones horarias o de itinerario. De esta manera no es lícita la intervención policial que provoca desalojos forzosos de personas que realizan sentadas cortando la circulación, aunque se trate de reuniones o manifestaciones que no hayan solicitado la comunicación previa, porque ni siquiera son siempre por sí mismas susceptibles de prohibición, salvo que fueran destinados a desbloquear interrupciones prolongadas del tráfico rodado que afecten gravemente a la circulación.

Además ha de ser previsible que se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes, lo que exige la presencia de razones fundadas en datos objetivos para considerar altamente posible que se produzcan dichas alteraciones por las circunstancias del lugar, de las personas que lo protagonizan, de sus reivindicaciones...siempre teniendo en cuenta que no es suficiente una alteración del orden público, que lógicamente se produce cuando se invade el espacio común y público a través de las molestias que se ocasionan, las protestas de los ciudadanos que se ven afectados o de los gritos o las expresiones de los que se manifiestan, sino que se materialice en un evidente peligro para las personas o los bienes²⁹. En este supuesto las actuaciones policiales, en su caso, tienen que ser sumamente limitadas y sólo dirigidas a evitar situaciones de peligro concreto ya que aunque se trate de la limitación de un derecho, la no autorización de una reunión es una medida preventiva, pero la intervención policial es una medida represiva, y por tanto puede afectar a otros derechos constitucionalmente protegidos, por ello es fundamental que la medida impeditiva del derecho de reunión sea proporcionada, lo que exige un análisis de la idoneidad de la intervención para proteger a las personas y los bienes, sin la posibilidad de otros recursos menos lesivos como *vgr.* cambio de itinerario o del tráfico rodado, y un análisis de proporcionalidad concreta de los medios violentos concretos empleados. Esto supone optar por un

²⁸ STC 66/1995 de 8 de mayo «únicamente se podrá producir esa prohibición cuando se ocasione una total obstrucción de las calles que desemboque en un colapso circulatorio durante un período de tiempo prolongado, de forma que se provoque la inmovilización de vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por la imposibilidad de habilitar vías alternativas...»

²⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., El derecho de reunión y manifestación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 96 abril-junio 1997, p. 191.

concepto material de alteración del orden público en relación a la prohibición de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público, en el que se exijan razones fundadas de situaciones que impidan el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, provocando peligros para la integridad física y psíquica de las personas o la integridad de los bienes, y descartar totalmente un concepto formal de control político, lo que sigue el Tribunal Constitucional al excluir que se pueda considerar como tal la mera falta de acatamiento a los principios y valores mayoritariamente aceptados en la sociedad puesto que el contenido de las ideas o reivindicaciones de los manifestantes no debe ser sometido en el Estado democrático a ningún tipo de censura o control de oportunidad política³⁰.

Además de la posible prohibición en los supuestos legalmente previstos, existe la obligación de suspender, y en su caso disolver, las reuniones y manifestaciones cuando se consideren ilícitos penales, se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes o cuando los asistentes hagan uso de uniformes paramilitares. En el caso de que la suspensión o disolución de la reunión o manifestación venga motivada por ser constitutiva de delito, hay que tener en cuenta que el art. 513 CP considera como tales a las que se celebren con el fin de cometer algún delito y aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos, objetos contundentes o cualquier otro modo peligroso; por su parte si el motivo es que se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes, ya no es una previsión sino la exigencia de efectivas alteraciones del orden público que deben ser interpretadas con criterios objetivos exigiendo situaciones de peligro concreto para personas o bienes con un significado de última ratio, y finalmente, en relación al uso de uniformes paramilitares se justifica por la exigencia del carácter pacífico de las mismas³¹.

Por todo ello el libre derecho de reunión sólo puede ser limitado cuando se produzca en lugares de tránsito público o se trate de manifestaciones y existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes. En los casos en los que sea previsible que las reuniones o manifestaciones pueden alterar el orden público no serán autorizadas y la falta de comunicación previa, no las convierte automáticamente en ilícitas salvo que se conecte con la previsión de alteración del orden público, por lo tanto no deben ser sólo por esa falta de comunicación objeto de suspensión o di-

³⁰ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *op. cit.*, p. 177.

³¹ GARCÍA-ESCUADERO, P./PENDAS, B., *op.cit.* p. 214.

solución, ya que lo contrario supondría un ilícito meramente formal, que a lo sumo podría ser susceptible de infracción administrativa según dispone el art. 23 LPSC, pero en ningún caso suficiente para el uso de la fuerza, ya que para ello se necesita además la necesidad de riesgos concretos (interrupciones prolongadas del tráfico rodado que afecten gravemente a la circulación, actos violentos...) que deberán ser analizados en sede de necesidad y proporcionalidad para poder legitimar, en su caso, el desalojo forzoso. Cabe en este sentido recordar que en la interpretación amplia del derecho de reunión en lugares de tránsito público que ha formulado el Tribunal Constitucional³² se entiende que en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación sino también un espacio de participación.

4.2. Límites legales del uso de la violencia policial en estas situaciones

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cumplen la misión del mantenimiento del orden público y de garantizar los derechos y libertades constitucionales, requiriéndose para la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber que el funcionario esté autorizado a usar la fuerza dentro de los deberes de su cargo y en el ejercicio de tales funciones, que sea necesario el uso de la violencia y que el ejercicio de la violencia sea proporcionado, a lo que se añade que haya un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa del ciudadano que sufre la violencia policial STS 1.12.1999 (8566), 18.9.2001(8351). Esto requiere diferenciar el tratamiento de los casos en los que los ciudadanos ejercen una actitud resistente con insultos, agresiones o lanzamiento de objetos, de aquellos otros en los que su actitud es de resistencia pasiva, *vgr.* negándose a seguir las indicaciones policiales de disolución.

Uno de los supuestos más frecuentes de uso de la fuerza frente a ciudadanos que ofrecen resistencia pasiva frente a los requerimientos policiales, se da en el curso de manifestaciones y reuniones donde se realizan cargas policiales contra todo tipo de ciudadanos, tanto los que participan en su caso, de acciones violentas, como los que las presencian, se limitan a no seguir las indicaciones recibidas de desalojo, o caen abatidos ante la intervención policial. Como anteriormente se ha señalado, la Constitución garantiza el derecho a reunirse pacíficamente sin armas, tanto de manera espontánea como

³² STC 66/1995 de 8 de mayo.

concertada, sin necesidad de comunicación previa, salvo que se trate de reuniones en lugares de tránsito público, lo que exige delimitar los supuestos de reuniones y manifestaciones no autorizadas, que les puede convertir en constitutivas de infracciones administrativas, de los supuestos en los que durante su desarrollo, aun siendo autorizado, pueda dar lugar a la intervención policial en su misión principal de proteger los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 11 LFFCCS). En tales supuestos la actuación policial se ha de desarrollar bajo los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, con la prohibición expresa de cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral y con una autorización sólo excepcional del uso de armas.

De esta manera hay que partir de las obligaciones propias del cargo y con ello como se ha señalado anteriormente tener en cuenta que el art. 5 L.O. 9/1983 de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, establece la obligación de suspender las reuniones y manifestaciones que se consideren ilícitas según las leyes penales, produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, o si los asistentes usan uniformes paramilitares, aclarando que en dichos casos es posible, pero no imperativa su disolución, criterios que han de ser interpretados de manera restrictiva, especialmente el referente a la efectiva producción de alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes, en consonancia con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Con la necesidad de alteraciones del orden público se trata de valorar si es imprescindible para su mantenimiento usar la violencia, ante sujetos que ocupan la vía pública, para lo cual hay que diferenciar los casos en los que la reunión esté autorizada de los que no lo esté, y determinar si la negativa al desalojo puede ser considerada delictiva. Las reuniones no autorizadas pueden ser constitutivas sólo de infracciones administrativas, por tanto no permiten la detención, salvo que en el transcurso del desalojo el sujeto realice una resistencia activa constitutiva de infracción penal, por ello tampoco entran en la obligación de perseguir delitos, ni suponen por si mismas en todo caso una alteración del orden público ni de peligro para los ciudadanos, como señala la SAP Guipúzcoa 28.5.1999 ARP 1999/1548. En estos casos si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación, según reforma LO 9/1999, de 21 de abril. Caso distinto, como antes se ha señalado anteriormente, es la falta de comunicación, ya que

dicho supuesto no sólo no las convierte en prohibidas, sino que tampoco permite el desalojo salvo que se haya producido efectivamente una alteración del orden público con peligro para personas o bienes, siendo obligatorio en estos casos comunicarlo previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista, es decir invitarles a dispersarse por su propia voluntad y sin coerción física.

En virtud de ello, la simple paralización del tráfico, o la ocupación de la vía pública no son suficientes para autorizar el uso de la violencia porque ninguno de ellos supone una alteración grave del orden público ni conlleva peligro para personas o bienes, por eso antes de proceder a la utilización de la violencia se han de descartar otros medios adecuados, de esta manera si la reunión o manifestación ha sido autorizada se deben tomar medidas preventivas de desvío de la circulación y, si no lo ha sido, realizar las convenientes modificaciones para evitar trastornos en la circulación rodada, y sólo en el caso de que la paralización del tráfico rodado sea prolongada y afecte gravemente al orden público, podrá autorizarse el uso de la fuerza para el restablecimiento de la circulación, SAP Coruña 160/2006 de 14 de julio ARP 2006/617. Con estas premisas, en general, si se utiliza la fuerza para desalojar a personas que sólo paralizan la circulación en el ejercicio del derecho de reunión, dicha actuación no puede estar justificada ya que no suponen alteración del orden público ni peligro para personas o bienes, al haber otros medios alternativos menos lesivos como los descritos.

La referencia general a la protección de la seguridad ciudadana como motivo que justifique la intervención forzosa en el desalojo de reuniones y 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 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 de la fuerza puede, en su caso, estar legitimado.

Para que la fuerza empleada por parte de los cuerpos policiales quede dentro del ejercicio legítimo del deber jurídico de proteger el orden público y la seguridad ciudadana, debe cumplir los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la fuerza empleada y la presencia de cierta resistencia por parte de la víctima, lo que exige una interpretación adecuada de los mismos para los supuestos en los que la violencia policial se lleva a cabo para contener actos en los que los

ciudadanos no ofrecen la resistencia activa propia de acometimientos, agresiones o daños, sino que se oponen pasivamente a cumplir las órdenes policiales dirigidas a imponerles alguna actividad como el desalojo de la vía pública ocupada. En este sentido lo que habría que valorar es la necesidad o no del uso de la fuerza por la imposibilidad de solventar el conflicto por otras vías, y la racionalidad del medio violento empleado en particular, en relación a la finalidad perseguida, ya que en toda causa de justificación debe haber una ponderación que nos confirme que el mal evitado siempre sea mayor que el causado.

De esta manera la necesidad abstracta del uso de la fuerza sólo podrá justificarse cuando se considere que la reunión o manifestación está alterando el orden público con peligro para personas o bienes, porque paraliza de manera prolongada el tráfico rodado con afección grave al orden público o con amenaza grave a los derechos y libertades de los ciudadanos, lo que autoriza su disolución en el ejercicio del cargo³³, quedando por valorar la necesidad concreta del recurso a la fuerza que debe ser solo la necesaria y apropiada para el cumplimiento de la función encomendada, pero además con la exigencia de poner de manifiesto por parte de quien sufra la acción del agente, una postura de oposición activa, resistencia o determinante de peligro, ya que todo ello sigue la doctrina jurisprudencial sobre la eximente de ejercicio legítimo de un oficio o cargo que requiere imprescindiblemente para su legitimación que en ese ejercicio, cuando se emplee fuerza, sea proporcional a la función a realizar, racionalmente imprescindible para su cumplimiento, sin que se observe extralimitación alguna por parte de quien la emplee, y que, por parte de quien la soporte se haya ofrecido cierto grado de resistencia o un actitud peligrosa.

La exigencia de la actitud de resistencia o de peligro del ciudadano que soporta la fuerza no es un requisito adicional sino la materialización de la proporcionalidad, ya que sólo frente a quien ofrece resistencia es imprescindible y por tanto proporcionado y legítimo actuar con fuerza, teniendo en cuenta que la autorización del uso de la fuerza no conlleva una autorización general de las armas pero sí de otros medios menos lesivos³⁴. Esta resistencia exige una actitud positiva de enfrentamiento o reacción a la actuación policial, sin que

³³ En las cargas policiales se da una problemática específica de la obediencia debida que debe ser interpretada bajo la no obligación de cumplir las órdenes manifiestamente ilegales, lo que afecta al uso abstracto de la fuerza, no al concreto que ya depende de la actuación individual de cada agente.

³⁴ PADOVANI, T., *Diritto Penale*, IX Edición, Milano, 2008, p. 169.

pueda en ningún caso entender como tal la mera negativa al desalojo o las expresiones de quienes increpan a los policías por las violencias que ejercen, ya que de ser así el derecho de reunión y el de libertad de expresión quedaría seriamente mermados, como hace la SAP Coruña 160/2006 de 14 de julio cuando declara que aunque se propinaron repetidos golpes con las defensas a personas que estaban sentadas hasta que se levantaron y abandonaron el lugar, no hubo un uso desproporcionado o extralimitado de la fuerza porque su oposición a desalojar la calzada supone una oposición, aun pasiva, a la actuación policial, a diferencia de la violencia ejercida sobre personas que presenciaban los hechos o caminaban por las aceras, donde no se justifica la violencia ejercida, por no constar que realizaran actos de resistencia física a la acción policial. La SAP Guipúzcoa 28.5.1999 ARP 1999/1548, por el contrario, en una manifestación no autorizada en la que la orden de desalojo va acompañada de disparos de pelotas de goma, no le da relevancia a tal actitud, al señalar que salvo no hacer caso a las indicaciones policiales de disolverse, nada más ocurría, y que tal situación ni alteraba el orden ni peligraba la vida de los ciudadanos, lo que le lleva a rechazar la necesidad del uso de la violencia y con ello de la aplicación de la eximente, realizando una aplicación más restrictiva y garantista de la misma.

La necesidad concreta o idoneidad de los medios empleados se ha de interpretar en términos de ultima ratio ya que la autorización de la coacción no supone una licencia ilimitada sino muy al contrario una credencial para usar los medios coactivos menos perjudiciales para los derechos y libertades individuales, en este sentido antes de realizar una intervención violenta de desalojo ante personas que se oponen a abandonar el lugar donde realizan una reunión o manifestación, hay que utilizar el diálogo, siendo la mediación un instrumento muy útil para acercar posiciones y evitar males mayores, si falla este acercamiento entre las partes, a continuación utilizar medios persuasivos como los avisos por megafonía, y sólo y exclusivamente en caso estrictamente necesario usar la violencia menor sobre las personas y dirigida siempre a la finalidad de desalojo y no a la de causar daños a las personas (arrastrar, usar la defensa para dirigir...), salvo imposibilidad por la gravedad de la situación. En ningún caso en este sentido se puede legitimar el uso de las defensas, de las pelotas de goma o de la fuerza física ante sujetos que de manera pasiva se oponen al desalojo, por ejemplo manteniéndose sentados, ante sujetos que no están en el conflicto, por ejemplo los que lo presencian desde la distancia, ni ante sujetos que ya están reducidos, por ejemplo por estar boca abajo y esposados.

La proporcionalidad de los medios empleados requiere un examen individualizado de los hechos y de la medida de fuerza empleada en concreto, ya que es posible que ante una autorización general del uso de la fuerza en una determinada situación, el empleo de la fuerza en el caso particular haya sido desproporcionado, *vgr.*, ante una situación de tumulto violento emplear la fuerza en quien está en el suelo tendido inerme, sin importar las razones de tal proceder, es decir que sea para forzar a la policía a arrastrarlos o bien sea por abatimiento.

En orden a todo lo expuesto, cuando no se justifique la necesidad del uso de la fuerza por la pasividad e indefensión del ciudadano que sufre la violencia, no habrá eximente completa ni incompleta, *vgr.* la STS 24.12.2001 (R.1820) rechaza la aplicación de la eximente y entiende una extralimitación del ejercicio de las funciones de los agentes que actuaron violentamente ante una mujer que no actuaba de forma agresiva o peligrosa, sin embargo si el uso de la fuerza era necesario en general pero ha habido una extralimitación en los medios se puede aplicar la eximente incompleta, como hace la STS 24.5.1996 (R.4017) ante un supuesto de golpear a quien está en el suelo tendido e inmóvil, en una situación de enfrentamiento ante la carga policial en un jornada de huelga, algo cuestionable dada la ausencia de resistencia en la víctima.

Por último, la prohibición del empleo arbitrario o abusivo de la fuerza como requisito excluyente de la eximente va dirigida a enfatizar la finalidad de protección del orden público y de evitar alteraciones del mismo, para que no pueda alcanzar a actuaciones que se rigen por motivos ajenos a la correcta actuación profesional, lo que viene a exigir la motivación específica de cumplimiento del deber jurídico, es decir el elemento subjetivo de no moverse el agente por rencor o ira, evitando cualquier tipo de represalia en su actuación.

4.3. Protocolo de actuación

Dado que el primer requisito de la exención es que se lleve a cabo un deber jurídico, la primera premisa es el cumplimiento de la normativa específica que delimita el proceder en las actuaciones policiales, teniendo en cuenta tanto las normas consideradas códigos deontológicos profesionales (Declaración de policía de 8 de mayo de 1979 del Consejo de Europa y Código de conducta de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1979), como la normativa específica que regula la LFFCCS que en su art. 5 establece que para proteger los derechos

y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, actuarán bajo los «*principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance y «usar las armas sólo cuando 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»*». Estas normas fijan un marco demasiado amplio de regulación de la actuación policial, por ello sería deseable una norma de desarrollo más concreta sobre los medios coactivos permitidos y su procedimiento de aplicación, como sucede en Alemania donde, pese a no recogerse el cumplimiento del deber o ejercicio del cargo como causa de justificación, se recogen de forma más detallada sus límites en las normas administrativas de policía³⁵.

Por lo tanto, a partir de los requisitos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que permiten hacer uso de la fuerza, hay que determinar cuáles son los medios menos lesivos preferentes al uso de la violencia que sólo cuando sean descartados por insuficientes y no idóneos, podrán dar paso a la autorización de los medios violentos, y dentro de éstos determinar los límites de la autorización excepcional de las armas, cuando exista riesgo racionalmente grave para su vida, integridad física o de terceras personas, o haya grave riesgo para la seguridad ciudadana.

4.3.1. Alternativas al uso de la violencia

Para poder justificar que el uso de la fuerza en las actuaciones policiales dirigidas a intervenir en reuniones y manifestaciones públicas que alteran el orden público sea estrictamente excepcional, es necesario desarrollar los medios alternativos que en todo caso se deben utilizar de forma preferente, por conciliar el respeto a los derechos y libertades públicas y su aptitud para resolver el conflicto.

Como presupuesto previo para evitar posibles desordenes públicos derivados de reuniones y manifestaciones hay que tomar medidas preventivas como el corte de la circulación, desvío de tráfico, adaptación del horario... que justifican el requisito de la comunicación preceptiva en las reuniones que se producen en lugares de tránsito público y las manifestaciones.

³⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., *op. cit.*, p. 245.

En relación a los medios menos lesivos y preferentes a los violentos, en primer lugar hay que hacer mención a los sistemas de resolución alternativa de conflictos, que vienen utilizando como uno de sus medios más eficaces a la mediación consistente en que un mediador imparcial acerca dos posiciones enfrentadas con el fin de que lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, siendo diversas las unidades de policía local que ya han creado unidades específicas con resultados muy positivos en esta área³⁶ entre cuyas funciones se encuentra la de prevenir conflictos sociales y de convivencia, promoviendo la seguridad ciudadana a través de la gestión de conflictos. Como ejemplo de ello la policía autónoma de Cataluña, creó tras los disturbios de Barcelona del pasado año, el Área de Mediación y Negociación, dedicada a minimizar los efectos de las protestas ciudadanas en el espacio público y mediar en los conflictos sociales, cada vez más crecientes en la sociedad. La finalidad es negociar con los manifestantes para minimizar los efectos y perjuicios que puedan producir a terceros, siempre respetando su derecho a manifestarse.

Si estos medios dirigidos al dialogo no fueran suficientes, en segundo lugar hay que acudir a los medios persuasivos como el anuncio por megafonía de la necesidad del desalojo, o en su caso utilizarlo como medio de advertencia, antes del empleo de cualquier medio violento. La propia LPSC establece la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana, pudiendo disolverlas en los casos previstos por la L.O. 9/1983 de 15 de julio en la forma que menos perjudique y siempre con la obligación del aviso previo a las personas afectadas, salvo que se produzcan alteraciones de seguridad ciudadana con armas o acciones violentas, lo que es muy importante porque muchas veces las acciones violentas precisamente surgen al inicio del desalojo por los medios empleados.

Entre los medios violentos el prioritario debe ser la fuerza física para arrastrar a los ciudadanos que realicen sentadas o se opongan a abandonar la vía pública, sin que en ningún caso se pueda justificar las agresiones frente a sujetos que de forma pasiva se resisten a seguir las indicaciones policiales. Dejando al margen el uso de las armas de fuego, que se analizan a continuación de forma individualizada, entre los medios violentos que pueden ser empleados

³⁶ BERLANGA, A./MOGRO, R. F., «La resolución de conflictos por la policía local (La experiencia de mediación policial por la PLV)» *Estudios de Ciencias de la seguridad. Policía y Seguridad en el Estado de Derecho*, Valencia, 2012, Directores V. Cervelló/F. Antón, p. 747 y ss.

destaca el uso de las defensas reglamentarias que debe, en su caso, ser utilizado como medio de desalojo, *vgr.* empujar o dirigir, pero nunca como medio lesivo ante ciudadanos que pacíficamente ejercen su derecho a manifestarse, y las pelotas de goma que no deben ser utilizadas de forma indiscriminada, salvo que la gravedad de los hechos indique la necesidad de utilizarlas con fines meramente intimidatorios, como son los disparos de fogeo o disparos al aire, y siempre manteniendo las distancias para no producir graves daños a los manifestantes.

4.3.2. La excepcionalidad del uso de armas

En el análisis del uso de la violencia por parte de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, uno de los temas más discutibles por su trascendencia es la utilización de las armas, cuya regulación se recoge en el art. 5 n.º 2 d) LFFCCS de la siguiente manera: *«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»*.

Por ello es requisito necesario que se trate, en todo caso, de las armas que reglamentariamente tengan asignadas los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ya que aunque el Reglamento de Armas (RD 137/1993 de 29 de enero) recoge el listado de armas reglamentadas o autorizadas y el de armas prohibidas, también en su art. 1.4 excluye de su ámbito de aplicación la adquisición, tenencia y uso de armas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debido a que se rigen por la normativa especial dictada al efecto, que en el caso del Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil la aprueba el Ministerio del Interior y en el caso de la Policía Autonómica y Local son las Comunidades Autónomas las que lo regulan. En virtud de dicha regulación reglamentaria en cada cuerpo se autoriza un determinado tipo de armas, dentro de las previamente homologadas por el Estado, que pueden ser defensas, pelotas de goma, aerosoles defensivos o armas de fuego, entre otras, y además, en el art. 118 del Reglamento de Armas se permite a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad poseer otras, al margen de las que reciban como dotación reglamentaria en el ejercicio de sus funciones, variando su número según su categoría profesional³⁷.

³⁷ Dichas armas cortas no pueden emplearse para el ejercicio de las funciones policiales, sólo se permite su posesión como una especie de privilegio que se otorga

En relación a las armas eléctricas (descargadores eléctricos y pistolas eléctricas de tipo Taser), se ha confirmado que son menos lesivas que las armas de fuego, lo que ha encendido un intenso debate tanto a nivel internacional como nacional sobre la conveniencia o no de que las utilicen los cuerpos policiales, sin embargo Amnistía Internacional ha alertado que pese a «*la importancia de desarrollar opciones de fuerza no letales o «menos letales», a fin de reducir el riesgo de muerte o lesiones inherente al uso policial de armas de fuego y de otras armas de impacto, como las porras... se albergan serios motivos de preocupación con respecto al uso de dispositivos de electrochoque en las tareas de cumplimiento de la ley, tanto en lo relativo a su seguridad como en referencia a su potencial de uso indebido. Las armas de electrochoque, portátiles y de fácil manejo, con capacidad para infligir un fuerte dolor con sólo pulsar un botón y sin dejar marcas notables, se prestan en particular a abusos, tal como ha documentado nuestra organización en abundantes casos en todo el mundo*³⁸».

Esta reflexión lleva a Amnistía Internacional a concluir que el uso de armas eléctricas constituyen trato cruel, inhumano o degradante cuando no se utilizan para intimidar sino para inmovilizar por contacto directo en situaciones de proximidad física, lo que se presta a abusos, especialmente en personas vulnerables o debilitadas por consumo de drogas o por problemas de salud en las que en ocasiones se emplean para reducir la agitación que presentan por su intoxicación, pese a estar desarmados, lo que le mueve a recomendar a los Estados que reconozcan la potencialidad letal de estas armas y permitan un uso sólo restrictivo y excepcional, es decir no se cuestionan dichas armas sino la forma en que se utilicen, sus destinatarios y sus potenciales riesgos sobre la vida e integridad de las personas.

La importancia de utilizar los medios autorizados reglamentariamente se debe a su correspondencia con la legitimidad del uso de la violencia, ya que si el agente de policía utiliza un arma prohibida no le debe alcanzar la eximente por no tratarse de un uso legítimo en los medios empleados. En este sentido la STS 11.12.2008 (R.4712) cuestiona el uso de armas no permitidas reglamentariamente como es la producción de varios golpes con una defensa extensible y con

a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por su pertenencia a estos Institutos armados, como autorización directa para el uso particular de ciertas armas, pero cuando estén de servicio, en el ejercicio de sus funciones, deberán emplear sólo las que reciban como dotación reglamentaria. Informe Secretaría general Técnica. Revista de Documentación número 24, mayo-agosto 2000.

³⁸ Amnistía Internacional Octubre 2007. Índice AI:AMR 51/151/2007 <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR511512007>

una defensa eléctrica y su utilización como elemento disuasorio y no ofensivo como alega el recurrente, aunque sin expresarse con la debida contundencia en la exclusión de la exención por el uso de medios reglamentariamente prohibidos, lo que sí hace el voto particular a la misma que justifica la calificación de delito contra la integridad moral, precisamente por el carácter denigrante de los medios coactivos prohibidos que se emplearon. Por ello resulta necesario que las armas utilizadas sean autorizadas reglamentariamente con su correspondiente homologación, y que se haga público el listado de armas autorizadas para el uso de las fuerzas policiales.

Señalada la necesidad de que se trate de armas autorizadas, el siguiente requisito a tener en cuenta en el uso preceptivo de armas es el cumplimiento de los principios a los que se refiere el art. 5 LFFCCS, es decir la exigencia de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance; tanto éstos como las referencias al riesgo grave para la vida, integridad física o seguridad ciudadana o que se trate de un funcionario público en el ejercicio de su cargo presentan una problemática similar a su incidencia en la regulación de uso de la coacción en general, pese a lo cual en los casos de resistencia pasiva hay algunos aspectos con una especial trascendencia en el uso de armas.

En primer lugar es discutible que se hable de un deber de hacer uso de las armas cuando se trata en realidad de una autorización legal que debe permitir utilizarlas pero no obligar a ello, lo contrario deja sin sentido la referencia a los principios de congruencia, oportunidad y necesidad que suponen una valoración tanto de la necesidad de usarlas como de la forma en que deban de utilizarse, por ello como expresión del requisito de la necesidad en abstracto, deben haberse agotado previamente todos los medios pacíficos y medidas disuasorias para poder hacer uso de las armas reglamentarias, lo que incluye anunciar su uso de manera intimidante como advertencia previa al uso de la fuerza, o realizar un disparo al aire antes de proceder a realizarlo efectivamente.

Además, la vinculación del uso de armas a la necesidad de 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»* debe interpretarse en un sentido restrictivo de riesgo inminente para la vida o integridad física de cualquier persona³⁹, sin que la referencia a la

³⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación de cumplimiento de deber», *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada*, n.º 12, 1987, Homenaje al prof. Sainz Cantero, vol. II, p. 161.

seguridad ciudadana permita extenderlo a otros bienes jurídicos de menor importancia, no sólo por el concepto restrictivo y garantista de seguridad ciudadana que se ha mantenido en este trabajo, sino porque lo contrario corre el riesgo de identificar la seguridad ciudadana con el orden público, lo que no siempre cumple los criterios de última ratio y proporcionalidad indispensables para la autorización de la utilización, más allá de la mera intimidación, de un medio tan lesivo como son las armas reglamentarias.

Finalmente, la necesidad en concreto, entendida como medio empleado, modo en que se emplee e intensidad en su utilización⁴⁰, da lugar a la subsidiariedad de las armas de fuego a las que sólo se debe acudir cuando el resto de medios no sea suficiente con la preferencia por tanto de medios menos lesivos como la fuerza física, y a la prohibición de su uso frente a multitudes por no cumplir los requisitos de necesidad ni de menor lesividad⁴¹. Además cuando la necesidad se justifique, las armas se deben utilizar de la forma que menos afecte a la integridad de las personas, es decir, como se ha señalado anteriormente, dando preferencia a su empleo intimidante antes que el propiamente lesivo (avisando antes de realizar el disparo y hacer un disparo de aviso al aire siempre que ello no ponga en peligro la vida o integridad de otras personas), con suficiente distancia⁴² y en su caso, dirigido a zonas no vitales.

Con estos requisitos en la autorización del uso de armas como manifestación específica del uso de la fuerza, la exigente de cumplimiento del deber requerirá:

1.º que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2.º que la actuación policial se haya producido en el ejercicio de las funciones correspondientes al cargo desempeñado.

3.º que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia,

⁴⁰ SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., *op. cit.* pp. 295.

⁴¹ SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., *op. cit.* pp. 312.

⁴² La distancia tiene una especial importancia en el disparo de pelotas de goma por los daños que pueden producir cuando no se respeta un mínimo de treinta metros, como señala la SAP Guipúzcoa 28.5.1999 al rechazar la aplicación de la exigente ante los disparos de pelotas de goma efectuados a escasos metros para disolver una manifestación no autorizada, por entender que no era la menor violencia posible, dados los daños que pueden producir.

no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe; en este caso la necesidad abstracta debe indicar ya la exigencia de hacer uso de las armas por la gravedad de la situación que implica un riesgo grave en la seguridad ciudadana como son los indicios de comisión de un delito grave o de grave riesgo para la vida o integridad de las personas, ya que si el uso de armas no resulta necesario, ni siquiera como medio intimidante, no se debería hablar de necesidad en abstracto.

Si falta cualquiera de esos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta.

4.º que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto), lo que implica la obligación de hacer uso de las armas primero de manera intimidatoria y caso de tener que utilizarse dirigida prioritariamente a zonas no vitales, donde puede tener mucha importancia la destreza del agente en su uso reglamentario.

El uso de armas no es legítimo como regla general en los casos de resistencia pasiva, a salvo de que exista peligro para terceras personas⁴³, por faltar en ellos la necesidad del uso de la violencia dada la falta de resistencia activa de los particulares, entre ellas, se descarta especialmente la posibilidad del empleo de armas de fuego frente a multitudes como son los casos de reuniones y manifestaciones, y en los supuestos de fuga de sospechosos de un delito, detenidos o personas que escapan a un control sin atender al alto policial, sólo debe permitirse su uso, en función de la gravedad del posible delito imputado, la peligrosidad del sujeto o el peligro para terceras personas; para ello hay que tener en cuenta que su utilización para alcanzar a la integridad corporal sólo debe autorizarse en los casos de riesgo inminente y grave para la vida e integridad física de las personas, y siempre con una utilización preferentemente dirigida a alcanzar a zonas no vitales, lo que puede ocurrir si el sujeto va armado y hay riesgo de que utilice el arma contra otras personas o conste la extrema peligrosidad del que huye, ya que en ellos, ante el conflicto entre

⁴³ MAZZON, R., *op. cit.*, p. 386.

el deber que debe ser cumplido (capturar un fugitivo) y la ofensa que puede provocar el cumplimiento (lesiones gravísimas), deben prevalecer los derechos personalísimos sobre el interés público⁴⁴. En el resto de casos, cuando no exista ese riesgo grave para la vida o integridad física de las personas o el sujeto no sea peligroso, las armas sólo podrán utilizarse de manera intimidatoria⁴⁵ por respeto a los principios de necesidad, congruencia y proporcionalidad, sin que pueda justificarse su uso ante la huida de un sospechoso que elude identificarse, por no requerirlo ni la actitud no peligrosa del sujeto que se limita a huir, ni aconsejarlo otras circunstancias como la gravedad del delito cometido, como señala la STS 20.10.1980 (R.3720) si bien aplicando la eximente incompleta en lugar de la no exención.

5. Consideraciones finales

La misión constitucional de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad es proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y proteger la seguridad ciudadana, para ello el ordenamiento jurídico les faculta a hacer uso de la fuerza en el desempeño de sus funciones para mantener el orden público, estableciendo la LFFCCS la prohibición de toda práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia, un uso excepcional de las armas reglamentarias y la necesidad de regirse en sus actuaciones por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

El orden público se puede ver afectado con el ejercicio constitucional del derecho de reunión y manifestación, para la delimitación de los supuestos que pueden suponer una alteración al mismo hay que tener en cuenta que el derecho de reunión no tiene más limitación que la necesidad de comunicación previa a la autoridad gubernativa si se da en lugares de tránsito público o se trata de manifestaciones, siendo obligación de la Administración tomar las medidas oportunas para prevenir posibles alteraciones del orden público, con la posibilidad de prohibirlas sólo cuando haya razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes, ya que la finalidad de la comunicación previa es precisamente tomar las medidas preventivas oportunas, no ejercer un control político sobre el derecho de reunión y manifestación.

⁴⁴ PADOVANI, T., *op. cit.*, p. 170.

⁴⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., *op. cit.*, p. 162.

La L.O. 9/1983 de 15 de julio establece la obligación de suspender, y en su caso la posibilidad de disolver las reuniones y manifestaciones exclusivamente cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales, cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, y cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes, lo que exige distinguir este tipo de reuniones de las reuniones y manifestaciones no comunicadas, ya que sólo en el primer caso pueden ser desalojadas si se dan los requisitos mencionados. Por tanto, no toda reunión o manifestación que no se haya comunicado previamente o se haya prohibido por causas formales, supone un grave riesgo para la seguridad ciudadana por alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, y en los casos en los que efectivamente se de ese riesgo, hay que tratar de manera diferenciada los casos de resistencia pasiva donde los ciudadanos presencian sin participar o simplemente desoyen el requerimiento de la policía.

En virtud del art. 20.7 CP bajo la exigente de cumplimiento de un deber, los agentes de policía, en el ejercicio de sus funciones, pueden utilizar la fuerza para el mantenimiento del orden público, siempre que quede dentro de la autorización legal que les permite hacer uso de la misma con congruencia, oportunidad y proporcionalidad, incluso haciendo uso de las armas, en caso de grave riesgo para su vida o integridad o de terceras personas o grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Los supuestos de resistencia pasiva por parte de los ciudadanos tienen una característica especial en la legitimación del uso de la fuerza frente a los supuestos generales, ya que comparten todos los requisitos de éstos, es decir, actuar cumpliendo una obligación legal en el ejercicio del cargo con congruencia, oportunidad y proporcionalidad, pero se caracterizan porque en ellos falta la actitud de resistencia por parte de la víctima, por lo tanto en ellos el uso de la fuerza no puede estar justificado de forma generalizada, siendo preferentes otros medios coactivos menos lesivos, sin poder hacer uso de las armas en ningún caso, al fallar el requisito de la idoneidad del medio empleado. Además de ello, el uso de la fuerza en estos casos puede suponer una práctica violenta abusiva, arbitraria o discriminatoria cuando no haya alteración grave del orden público ni peligro para personas o bienes, que deje la intervención policial fuera del marco legal de actuación.