## Sobre la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber. Especial referencia a los deberes derivados de la autoridad y sus agentes

### Por Joan Manel GUTIÉRREZ ALBENTOSA

Doctor en Derecho. Magistrado suplente Profesor en la Escola de Policia del Institut de Seguretat Pública de Catalunya, de la Generalitat de Catalunya, y en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona

## **FICHA TÉCNICA**

**Resumen:** En el contexto del Derecho Penal, se diferencian las normas de prohibición (los tipos penales de la parte especial del Código penal, principalmente) y las de autorización (las causas de justificación, básicamente). Este trabajo teórico se centra en ambos tipos de normas cuando se relacionan en un ámbito profesional, el policial, caracterizado por el cumplimiento de un deber. De este trabajo se concluye que la protección penal de los derechos no es absoluta, porque su lesión o afectación puede estar justificada si se transgreden bajo ciertas circunstancias, en concreto, cuando el sujeto activo actúa amparado por una causa de justificación, como el actuar en cumplimiento de un deber, regulada en la eximente del art. 20.7 CP.

**Palabras clave:** Ámbito policial. Causa de justificación. Colisión de deberes. Cumplimiento del deber. Fundamento. Requisitos de la jurisprudencia.

**Abstract:** In the context of Criminal Law, the banning rules (the criminal types of the special part of the criminal Code, mainly) and the authorization rules (the causes of justification basically) are differentiated. This theoretical paper has its focus on both types of rules and the issue that occurs when this two are brought together in a professional field, the police field, characterized by the fulfilment of a duty. From this work, it is concluded that the criminal protection of rights is not absolute, because, their injury or affectation may be

justified if they are transgressed under certain circumstances, specifically, when the active subject acts protected by a cause of justification, such as the fulfilment of a duty, regulated in the exonerating circumstance of Art. 20.7 penal Code.

**Keywords:** Cause of justification. Crash of duties. Foundation. Fulfilment of duty. Police field. Requirements of case law.

## I. Consideraciones preliminares

La finalidad de este trabajo teórico es describir la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, regulada en el art. 20.7 CP, que opera desde su naturaleza jurídica como causa de justificación (1). Además, y a partir de la descripción de la citada eximente, aportamos elementos extraídos de la doctrina y de la jurisprudencia que pueden —y aquí detallamos una finalidad implícita de este trabajo— ayudar a los operadores jurídicos a analizar una actuación policial, que ha sido denunciada ante la jurisdicción penal, para decidir si dicha injerencia policial está amparada o no por la mencionada causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP.

El objeto de estudio de este trabajo (2) es la citada eximente, cuando opera como causa de justificación, y, por tanto, se exonera de responsabilidad criminal a «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (3). Dicho deber, en virtud de la condición policial del agente de la autoridad (4), está regulado en la legislación específica (5), en la ley extrapenal, la ley administrativa — policial (principalmente, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana)—, ley prescriptiva que obliga, a la vez que faculta y legitima, incluso promueve a los funcionarios policiales a restringir bienes jurídicos fundamentales —restricción que es monopolio del Estado—, en caso necesario, esto es, ley extrapenal que obliga al comportamiento penalmente típico (pero, no antijurídico, tal y como comentamos más adelante, y, en todo caso, comportamiento destinado a la consecución de su finalidad última de protección de la sociedad (6) ).

El problema de fondo que abordamos aquí es la colisión normativa (7) entre la norma extrapenal, administrativa policial, y la penal, problema que se concreta en un conflicto de deberes: por un lado, deber de cumplir con la función policial, y, por otro lado, deber de respetar la norma penal.

Estamos ante un problema (la colisión normativa o conflicto de deberes), no obstante, su solución se halla mediante la aplicación de la citada causa de exención de la responsabilidad criminal regulada en el citado art. 20.7 CP, pues la injerencia policial restrictiva de bienes jurídicos protegidos, aunque típica (8) (porque está prohibida por la norma penal), está justificada penalmente, al desaparecer el desvalor de la acción (la acción típica —coaccionar utilizando la fuerza, por ejemplo— que se imputa al sujeto activo, al agente de policía, en nuestro caso), y, por tanto, la antijuridicidad, en virtud de la naturaleza jurídica de la eximente aquí estudiada, como causa de justificación, que se refleja en el mencionado art. 20.7 CP, como eximente de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, y aunque, estemos ante un problema junto con su solución teórica (a partir de la causa de exención de la responsabilidad criminal regulada en el art. 20.7 CP) —problema que no presenta consecuencias en el plano teórico—, igualmente vemos necesario describir el fundamento —descripción que realizamos en el apartado «IV. Fundamento»— que la dogmática penal ha aportado para dotar de consistencia teórica a la citada solución, esto es, a la eximente del art. 20.7 CP; así y a partir de la descripción del citado fundamento será más entendible el motivo por el que la autoridad y sus agentes pueden y, en algunos casos deben, afectar derechos y bienes jurídicos

fundamentales de la ciudadanía, estando ausente la antijuridicidad en dicha injerencia policial.

Sujetos activos. El problema descrito afecta —en el sentido que pueden ser sujetos activos de la eximente o causa de exención de la responsabilidad criminal, regulada en el art. 20.7 CP— a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; en este contexto, dicho conflicto normativo suele producirse en supuestos de actuaciones policiales, tal y como lo plantea la jurisprudencia: «... en supuestos de intervención policial, la eximente afectada es la del cumplimiento de un deber, pues esta previsión se ajusta a la norma jurídica que le sirve de base y sitúa sus límites en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales» (9). El mencionado problema o conflicto de deberes afecta, además de a los mencionados miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, a toda la policía judicial y a todos los auxiliares de jueces, de tribunales y del Ministerio Fiscal (10); del mismo modo, a las autoridades (11), como los representantes del Ministerio Fiscal y los miembros del poder judicial; también, alcanza a las fuerzas armadas, en concreto, a los mandos militares en relación con sus subordinados (12); y, del mismo modo, al personal funcionario de prisiones (13); en resumen, influye en todo el ámbito general de la función pública y sus cargos públicos (14) que tengan el deber y, por tanto, la facultad de restringir bienes jurídicos personales a la ciudadanía. El problema está presente, igualmente, en profesiones «semipúblicas», como es el caso de los vigilantes jurados de seguridad (15). Asimismo, afecta a actuaciones privadas, como son las conductas de colaboración de la ciudadanía con los poderes públicos, sobre todo, con las fuerzas de orden público y con la administración de justicia: son actuaciones «pro magistratu» (16), son acciones que puede realizar el particular contra un delincuente que está cometiendo un ilícito penal, y le detiene provisionalmente, hasta que acude la fuerza pública y le conducen a comisaría o al juzgado, tal y como así está previsto en los arts. 490 y 491 LECRIM, y 450 CP (17); otro ejemplo —aunque discutible (18) — de actuaciones privadas son los supuestos regulados en los arts. 259 y 264 LECRIM, donde se establece el deber general de declarar en calidad de testigo y de denunciar actividades delictivas.

Contenido del Art. 20.7 CP. Dos vertientes de una misma circunstancia: por un lado, el cumplimiento de un deber (faceta en la que se centra el presente estudio), y, por otro lado, el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (19) [dos vertientes, y, dentro de éstas, cuatro supuestos: a) el cumplimiento de un deber; b) el ejercicio de un derecho; c) el ejercicio de un oficio; d) y el ejercicio de un cargo (20) ]. Así, estas dos manifestaciones (deberes, por un lado, y derechos, por otro) se entienden de la manera siguiente:

- a) Deberes. El obrar en cumplimiento de un deber exige, en primer lugar, la ejecución de una conducta establecida a través del Derecho, en concreto, en la ley extrapenal o administrativa, que delimita la función policial y los deberes que conlleva; y, en segundo lugar, que dicha función se ha de desempeñar dentro de los límites señalados por el propio ordenamiento jurídico; en esta línea, el mencionado cumplimiento comportará la libre absolución (21), esto es, la exención total de responsabilidad penal (22), si la mencionada función se desenvuelve dentro de dichos límites. No sólo comportará la exención de la pena al final del procedimiento penal, sino, más aún, y como sería deseable en términos procesales, el sobreseimiento de la causa al principio de dicho procedimiento por apreciarse una causa de justificación —como la que nos ocupa, la de obrar en cumplimiento de un deber—; en este sentido, el juez instructor resolverá declarando concluida la instrucción (23) ab initio, y dictando el citado sobreseimiento libre de conformidad con el art. 637.3º LECRIM; en este contexto, sería innecesario iniciar —o continuar con— la investigación instructora de los hechos delictivos —lesiones, por ejemplo— atribuidos al agente policial.
- **b)** Derechos. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (24) . Esta segunda vertiente del citado art. 20.7 CP tiene relación con las facultades, en forma de derechos, que pueden ejercerse:
  - Ejercicio de un derecho: nos referimos al desempeño del derecho de corrección en el contexto privado (25), esto es, el derecho de corrección de los padres en relación con los hijos de corta edad, situación extensible a los tutores. Este derecho o facultad ha de desarrollarse bajo los parámetros de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con la

finalidad última que es la educativa o del interés superior del menor; dicho lo cual, este derecho, aunque «ex ante», se atenga a los requisitos de necesidad y proporcionalidad, ha de atenerse, igualmente, al límite infranqueable, que es el respeto a favor de la integridad física y mental del menor o tutorando; esto es, en virtud de esta facultad, no se podrá causar ningún tipo de lesión al menor, ni, tampoco, causarle ningún maltrato de obra, ya que, en este caso, estaríamos ante el tipo penal regulado en el art. 153.2 CP (26); pero, de acuerdo con este derecho, al menor sí se le podrá aplicar castigo físico, siempre y cuando sea leve, sin lesión, esto es, que no deteriore la integridad física o psíquica del menor (27); en definitiva, dichos castigos físicos han de aplicarse con moderación y, sobre todo, han de estar justificados para conseguir la finalidad esperada, esto es, el bienestar o protección — corrección del menor, sin incurrir, por tanto, en excesos. No obstante lo dicho, tanto la doctrina como la jurisprudencia se halla dividida respecto a la cuestión de si está suprimido o no el derecho de corrección de los padres sobre los hijos (28).

- Ejercicio de un oficio o cargo (29): aquí se otorgan derechos a su titular (y, también, deberes, en algunas ocasiones). Nos referimos, por ejemplo, al desempeño de la actividad médica, de la abogacía, periodística —donde se ejerce el derecho a la libertad de expresión y de información—, etc. Respecto a la actividad docente de los maestros, cabe la pregunta sobre la existencia o legitimidad del «derecho de corrección del maestro» (30) respecto a sus alumnos; y, sobre todo, sobre si ese derecho —y deber — de corrección es posible ejercerlo a través de castigos físicos moderados o leves (31), en el contexto educativo de dicho oficio docente. Nuestra respuesta es tajante: no se puede reconocer el deber ni, menos todavía, el derecho de corrección mediante afectación a la integridad física del menor, en los colegios (32), esto es, mediante la bofetada o cualquier otra modalidad de agresión a la integridad corporal, porque los avances pedagógicos actuales permiten prescindir de dicho medio de «corrección», y, del mismo modo, y, principalmente, porque, el castigo físico es degradante siempre (33); en este sentido, nuestro posicionamiento se basa en que dicho derecho de corrección no es invocable como causa de justificación.

En resumen, y aunque la causa de exención de la responsabilidad criminal aquí estudiada contiene las dos vertientes mencionadas (deberes y derechos) bien diferenciadas, lo cierto es que están vinculadas, al existir una relación estrecha entre ambas, en el sentido que plantea VEGA GUTIÉRREZ: «el monopolio legítimo del uso de la fuerza está encomendado al Estado a través de sus respectivos órganos, por lo que en casos como el que nos ocupa estamos frente al cumplimiento de un deber derivado de un cargo público, concretamente de un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones» (34).

### II. Función del art. 20.7 CP

La eximente de la responsabilidad criminal regulada en el art. 20.7 CP, desde su naturaleza jurídica como causa de justificación, tiene sus orígenes en el Derecho romano (35); sin embargo, tanto en sus inicios como en la actualidad, su función continúa siendo la misma: excluir el desvalor de la acción y, como consecuencia, hacer desaparecer la antijuridicidad de dicha acción; en este contexto, la acción —la de obrar en cumplimiento de un deber— pasa a ser inculpable, y, por tanto, impune penalmente (36) (de la misma manera, civilmente, conforme al art. 118 CP). En otras palabras, la circunstancia eximente del cumplimiento de un deber opera como causa de justificación de la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico; en este sentido, y de acuerdo con el Tribunal Supremo, «Es totalmente lógico, que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible» (37). Por ello, los tribunales, tras dictaminar que no hay un exceso en cuanto al uso legítimo de la fuerza —violencia de la que, en su caso, puedan responder los agentes policiales, y que, por tanto, dicho uso está cubierto por la circunstancia eximente citada— exoneran a dichos agentes policiales cuando son acusados; les exoneran de responsabilidad penal por el uso de la fuerza, o de armas de fuego, cuando este uso ha sido

realizado conforme a Derecho, es decir, de conformidad con su marco legal de la función pública; actuar conforme a dicho marco legal es una exigencia de la causa de exención de la responsabilidad criminal aquí estudiada al referirse a la expresión «cargo» en su redactado (interpretándose como «cargo público» que se desarrolla en el ámbito de la función pública); de esta manera, dicha conformidad con el marco legal implica que el recurso al uso de la fuerza se ha de sujetar a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad (38), tal y como así lo plantea VEGA GUTIÉRREZ: «esto es, la LOFCS, habida cuenta de que el art. 20.7 CP hace una remisión a las disposiciones que regulan la respectiva función pública. En consecuencia, a los efectos de determinar si se cumplen los requisitos de la eximente, analizaremos la legislación especial que recoge los principios que rigen la actuación policial» (39).

Como acabamos de decir, los tribunales exoneran de la responsabilidad criminal, pero tan solo en el supuesto que la causa de exención de la responsabilidad criminal, que se expresa a través del citado art. 20.7 CP, sea considerada como eximente completa; así, dichas intervenciones policiales, aunque, constituyen acciones típicas (prohibidas por la norma penal), no son antijurídicas (40); esto es, no configuran una acción delictiva, porque, están eximidas penalmente, al estar justificadas, amparadas por el Derecho penal (41) (amparadas o justificadas tras haberse valorado judicialmente la aplicación de la eximente regulada en el art. 20.7 CP (42) como viable, con los matices y exigencias jurisprudenciales que más adelante detallamos).

Sin embargo, en casos de ausencia de algún requisito para aplicar la eximente en su condición de completa, como la falta de necesidad en concreto a la hora de utilizar la fuerza (por ejemplo, en el supuesto que el funcionario policial no ha utilizado el instrumento menos lesivo a su alcance), cabe la posibilidad que dicha injerencia policial —que ha causado lesiones, por ejemplo— se valore como antijurídica, pero susceptible de serle aplicada la eximente como incompleta (43), de acuerdo con el art. 20.7 CP en relación con los arts. 21.1ª y 68 CP (o, excepcionalmente, con el art. 21.7 CP, si el tribunal aplica la atenuante analógica «in bonam partem» (44)), en cuyo caso se aplicará una justificación parcial del hecho típico, que tendrá el efecto atenuante correspondiente, únicamente.

En cambio, la mencionada causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP no eliminará el reproche antijurídico, y, por tanto, la conducta típica e imputada será antijurídica, en caso de que se observe extralimitación o *exceso intensivo* en el uso de la fuerza o de las armas, en la actuación policial (no obstante y en estos supuestos, habrá que estudiar en sede judicial la posibilidad de aplicar la eximente aquí estudiada en su condición de incompleta); así y en este contexto de extralimitación o exceso intensivo, será imposible desplegar el ámbito justificante de la eximente aquí estudiada; porque el art. 20.7 CP no justifica cualquier actuación policial ejecutada de cualquier manera (45), por mucho que se haya desarrollado en cumplimiento de un deber, pues, un trato inhumano o degradante que atente contra la dignidad del ser humano no tendrá cobertura legal en esta causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP (46); por ello, la mencionada injerencia policial no quedará amparada cuando se desarrolla a «extramuros» (47), fuera de la competencia profesional, fuera de los parámetros establecidos por la ley y la jurisprudencia.

Por ello, habrá que atenerse a los criterios que delimitan cuándo y de qué manera esta intervención policial se desarrolla dentro o fuera de la competencia policial — profesional, es decir, dentro o fuera de la legalidad, tal y como así lo plantea MIR PUIG, bajo los siguientes términos: «No es posible describir legalmente todas y cada una de las concretas situaciones en que es preciso el uso de la fuerza para mantener el orden y la seguridad ciudadana. Hay que acudir a una delimitación general de los presupuestos de dicho uso de la fuerza», para, de esta manera, concretar los conceptos jurídicos indeterminados que se contienen en expresiones tales como «fuerza proporcionada», «seguridad ciudadana», «paz pública», etc. Así, dicha delimitación general, a modo de requisitos, los ha establecido la ley policial — administrativa (principalmente, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (48)), la doctrina, y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requisitos jurisprudenciales que detallamos más adelante.

## III. La forma del problema



A continuación, nos centramos en la intervención policial desarrollada en ejecución del cumplimiento del deber, es decir, en situaciones críticas en las que el agente de policía ha de limitar derechos y a recurrir al auxilio de la fuerza, en caso necesario, a la hora de limitarlos. Así, en dichas situaciones críticas, la mencionada injerencia policial está legitimada (en virtud de la ley especial, la ley policial administrativa, la extrapenal, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana), legitimada para restringir, limitar o lesionar bienes jurídicos fundamentales ajenos, como el derecho a la inviolabilidad domiciliaria ex art. 18.2 CE (cuando el agente policial accede al interior de un domicilio, de acuerdo con el art. 545 y ss. LECRIM); el derecho a la libertad ex art. 17 CE (49) (cuando el agente de policía interviene en un lanzamiento que se realiza en el contexto de la ejecución forzosa de una resolución judicial; o, también, cuando detiene al sospechoso, practica controles de alcoholemia a los conductores, priva de libertad a un enfermo mental peligroso, dispersa a los asistentes de una manifestación o tumulto de cariz violento, etc. (50)); o el derecho a la integridad física ex art. 15 de la CE (cuando reduce al presunto responsable de un ilícito penal que opone resistencia a su detención, o que pone en riesgo la seguridad ciudadana (51)).

Sin embargo, y aquí se inicia la forma del problema, dicha restricción de derechos (derechos fundamentales (52), en algunas ocasiones), a pesar de estar legitimada como hemos dicho antes, se realiza a través de acciones con resultados típicos (53), en algunas ocasiones acciones que pueden ser incardinables en, por ejemplo, allanamiento de morada *ex art.* 202.2 CP; lesiones *ex art.* 147 CP, o coacciones *ex art.* 172 CP (dichas restricciones suelen comportar cierto nivel de violencia (54), a consecuencia de la cual pueden hacerse presentes más tipos penales, además de los mencionados). Aunque, en otras ocasiones, se restringen derechos no fundamentales, como, por ejemplo, el de la propiedad, en una expropiación forzosa (o, simplemente, no se restringen derechos, en cuyo caso, la acción no será típica, como el deber de prevención del delito a través de la presencia policial en los barrios, que disuade la comisión de delitos en zonas marginales, o lugares poco iluminados, etc.).

### IV. El fondo del problema

La doctrina penal y la jurisprudencia han abordado el problema de la colisión normativa. Así, MIR PUIG expresa el citado conflicto de deberes o colisión normativa de la manera siguiente: «... para cumplir un deber en sí mismo no consistente en el de lesionar el bien jurídico vulnerado, alguien se ve obligado a lesionar dicho bien jurídico (ya sea infringiendo un deber de actuar, ya sea infringiendo el deber de omitir la lesión)» (55) . También CEREZO MIR (56) argumenta sobre el citado problema de la colisión de deberes, en el sentido de que quien realiza una acción tipificada en el Código penal, en el contexto del cumplimiento de un deber, se encuentra en una situación jurídica de colisión de deberes: a) el deber de omitir la acción prohibida, esto es, el deber de no infringir la norma penal a través de cometer delitos; b) y el deber que se deriva de otra norma de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, de la ley administrativa, que regula los deberes profesionales derivados de la condición de funcionario policial. Del mismo modo, PÉREZ ALONSO expone, en relación con la citada colisión de normas: «Se produce, por tanto, una colisión entre los intereses protegidos por la norma penal y los tutelados por la norma no penal, es decir la norma no penal limita la eficacia de la norma penal» (57). De la misma manera, el Tribunal Supremo concreta el conflicto de leyes o colisión normativa de la manera siguiente: «El primer supuesto que contempla la eximente del art. 20.7 CP es el del cumplimiento de un deber, es decir, la ejecución de una conducta obligada por el Derecho, que la impone a su autor, y que además es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley» (58).

Pues bien, la colisión normativa y de deberes afecta, principalmente, al funcionario policial en su contexto profesional, cuando ha de hacer uso de la fuerza o de medios violentos, incluso de la fuerza letal, de las armas, en cumplimiento del deber, en situaciones extremas (59). En este sentido, dicho conflicto de deberes se manifiesta de la manera siguiente: deber de cumplir con la función policial, y, al mismo tiempo, deber de respetar la norma penal; es decir, por un lado, la

legislación especial, la norma extrapenal, la policial — administrativa, que prescribe al funcionario policial a restringir o incluso lesionar bienes jurídicos fundamentales (restricciones que, en algunas ocasiones, implican la comisión de conductas típicas, prohibidas por la norma penal), y, por otro lado, la norma penal que prohíbe y, por tanto, castiga dichas conductas. De esta manera, dicha colisión normativa, que comporta conflicto de deberes, empieza cuando el Derecho penal se formula la pregunta siguiente: ¿Cómo puede ser típico lo que ordena la ley?, o formulada la pregunta de otra manera: cuando el funcionario policial está actuando en cumplimiento de su deber profesional, ¿qué posicionamiento profesional ha de adoptar ante dos leyes, la extrapenal o administrativa — policial y la de prohibición penal?

Un breve inciso: así, y en virtud de la citada ley extrapenal o administrativa — policial, el agente policial no dispone de la opción de incumplir su deber, el deber derivado de la ley policial — administrativa, que regula su *status* como policía , deber que es ineludible, porque, si lo incumple, podría incurrir en infracción disciplinaria; incluso y en caso extremo, en infracción penal: delito de omisión del deber de perseguir delitos *ex art.* 408 CP (60), o delito de denegación de auxilio a particular para evitar delitos *ex art.* 412.3 CP.

En efecto, una ley (la administrativa o norma extrapenal —que regula su estatuto básico como funcionario y como agente policial—) obliga al agente de la autoridad a asumir toda una serie de deberes profesionales derivados de su cargo o condición de agente de la autoridad; entre dichos deberes está la obligación, a la vez que facultad, de ejercer una injerencia (61) en los derechos de los demás, en la esfera de la ciudadanía; en cambio, otra ley, la norma penal, le prohíbe, en el sentido que tipifica esa injerencia lesiva como antijurídica; en definitiva, ¿qué hace el agente de la autoridad ante dos normas, una le obliga y la otra le prohíbe? Hay una única respuesta: ha de obedecer la ley (la ley administrativa, o norma extrapenal, que regula su status de funcionario), porque, como funcionario policial, la ley administrativa le obliga, y le obliga en el sentido de informarle que su deber profesional es afectar (hacer una injerencia grave, en algunos casos) a los bienes jurídicos protegidos de los demás, en caso necesario; ha de obedecer su ley policial, porque, tal y como así argumenta LARRAURI PIJOAN: «el Derecho penal no puede castigar lo que otros sectores del ordenamiento jurídico autorizan realizar» (62). De esta manera, el citado funcionario policial ha de obedecer la norma no penal, tal y como, igualmente, expone MIR PUIG: «cuando un hecho se halla a la vez previsto en una ley penal y en otra norma jurídica no penal que obliga o permite positivamente su realización, se plantea una situación de conflicto de leyes que el art. 20, 7º decide en favor de la norma no penal. La consecuencia es que el hecho ha de considerarse obligado o permitido y no contrario a la ley penal, de modo que no puede considerarse antijurídico» (63).

Sin embargo, y en todo caso, la pregunta ¿qué hace el funcionario policial ante dos leyes? (por un lado, la ley extrapenal — administrativa que le conmina a realizar una acción típica, como es limitar derechos, por su condición de funcionario policial; y, por otro lado, la ley penal, que le prohíbe restringir esos mismos derechos), nos hace pensar en la existencia de un conflicto de leyes o colisión de normas, normas que prescriben deberes: por un lado, deber de cumplir con la función policial, y, por otro lado, deber de respetar la norma penal.

Dicho conflicto de leyes o colisión normativa y de deberes es solventado a través de la obediencia a la norma extrapenal administrativa en virtud de la decisión del legislador a favor de dicha norma, a través del art. 20.7 CP; no obstante, para profundizar un poco más, y a continuación, explicamos la justificación que la dogmática penal aporta en relación con dicha opción a favor de la norma extrapenal o administrativa, esto es, el argumento en virtud del cual se exime de responsabilidad criminal al agente policial que obra en cumplimiento de un deber, de conformidad con la causa de exención de la responsabilidad criminal regulada en el mencionado art. 20.7 CP.

### V. Fundamento

El problema antes detallado, relativo a la colisión normativa, es solventado a través del fundamento (64) de la causa de justificación que se contiene en el citado art. 20.7 CP; así, este fundamento ayuda a superar las contradicciones y dificultades teóricas derivadas de dicha colisión,

y dota de consistencia y operatividad jurídica a la eximente aquí estudiada. En este contexto, la dogmática penal establece tres teorías o principios que, estando relacionados directamente, constituyen el citado fundamento:

### 1. Principio de la unidad del ordenamiento jurídico (65)

La idea central de esta teoría es sostener la coherencia interna del ordenamiento jurídico (66), idea que es la nuclear de la causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP de obrar en cumplimiento del deber (67) aquí estudiada; y, para explicar esta noción o principio, nos es de gran utilidad formular la pregunta siguiente: ¿Por qué la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, obliga al agente policial a que afecte bienes jurídicos ajenos, por ejemplo, a la libertad personal, en la ejecución de una detención, en virtud del cumplimiento de su deber profesional? La respuesta se halla en que ese deber profesional tiene la intensidad y la consistencia suficiente como para que esté permitida la comisión de la acción típica por parte del ordenamiento jurídico (acción típica como, por ejemplo, lesiones o coacciones); en este contexto, se excluye la antijuridicidad, en relación con la citada acción típica realizada por el agente policial, y se salvaguarda el aquí comentado principio de no contradicción del ordenamiento jurídico; por ello, no habría coherencia interna en todo el ordenamiento jurídico si fuese antijurídico aquello que ordena al funcionario policial su ley directa o específica (por ejemplo, las leyes administrativas antes mencionadas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o de Protección de la Seguridad Ciudadana). En este mismo sentido, se posiciona el Derecho positivo, en concreto el Código penal portugués que, en su art. 31, regula las causas de justificación bajo la expresión «exclusao da ilicitude»; así, dicho artículo 31 establece que «un hecho no es, criminalmente, punible cuando su ilicitud sea excluida por el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad ».

De este principio o fundamento de la unidad del ordenamiento jurídico, se desprende toda una serie de subprincipios (68), de acuerdo con los cuales se da respuesta a las antinomias posibles, colisiones de normas o conflictos de leyes o de deberes. Entre estos subprincipios o reglas mencionamos las siguientes: a) especialidad por encima de la generalidad: según esta regla, la norma especial prevalece por encima de la norma general; b) jerarquía: la norma superior está situada por encima de la norma inferior; en virtud de la regla de la jerarquía, la norma de rango superior desplaza la norma de rango inferior; c) cronología: la norma reciente está situada por encima de la norma antigua; en virtud de esta regla, la ley cronológicamente posterior prevalece ante la anterior.

En resumen, para dotar de unidad al ordenamiento jurídico, no puede ser antijurídica la conducta que, directamente, ordena o faculta, y, por tanto, legitima la ley extrapenal administrativa al funcionario policial.

### 2. Principio de ultima ratio del Derecho penal

Esta teoría se refiere a la función de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico. Así, el antes comentado principio de la unidad del ordenamiento jurídico es insuficiente para fundamentar la causa de justificación que nos ocupa; por ello, se ha de recurrir al aquí comentado principio de ultima *ratio* del Derecho penal; en este sentido, MIR PUIG valora que, «El fundamento de que el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho sean causas de justificación no puede verse, pues, en la única idea de la unidad del ordenamiento jurídico, que, por sí sola, no puede imponer que lo lícito en un sector del Derecho lo sea también en todo el resto del ordenamiento jurídico, como lo demuestra el hecho mencionado de que no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho. Si lo lícito de un sector no penal del Derecho no puede, al mismo tiempo, castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la función de última ratio del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico» (69).

### 3. Principio del interés preponderante (70)

En virtud de este principio, está permitida la lesión de un bien jurídico protegido, siempre y cuando dicho interés entre en conflicto con otros intereses o bienes jurídicos de categoría superior;

en palabras de MIR PUIG: «el ataque al bien jurídico no desaparece, sino que se permite (u obliga) por razón de intereses que se estiman prevalentes» (71). Igualmente, PÉREZ ALONSO argumenta sobre este principio bajo los siguientes términos: «La norma penal que establece un delito intenta proteger, con carácter general, un determinado bien jurídico frente a su puesta en peligro o lesión, mientras que la norma no penal (que define un derecho o deber) pretende tutelar, de forma excepcional, el bien jurídico que ha llevado al reconocimiento de ese derecho o deber mediante su ejercicio o cumplimiento. Se produce, por tanto, una colisión entre los intereses protegidos por la norma penal y los tutelados por la norma no penal, es decir la norma no penal limita la eficacia de la norma penal. En estos casos, el ordenamiento jurídico autoriza, excepcionalmente, el sacrificio del interés, penalmente, protegido para salvar el interés amparado en el deber o derecho extrapenal, por resultar el deber o derecho extrapenal preponderante frente al interés penalmente protegido» (72).

De esta manera, y en coherencia con este principio, una acción típica (lesionar, restringir derechos, desde el ámbito policial, por ejemplo) es justa o, como mínimo, está justificada penalmente; por ello, no habrá conducta antijurídica cuando el funcionario policial realiza una acción típica, en la situación concreta, transgrediendo, por ejemplo, un derecho o interés jurídico protegido para, en virtud de su ley policial administrativa, salvaguardar o proteger otro interés preponderante o derecho de mayor significación jurídica.

Un ejemplo de interés preponderante: *el interés público*; así, y, como prevalente o preponderante, el citado *interés público* se puede verificar en la función policial y en la obligación que se contiene en esta función de cumplir con el deber de, por ejemplo, detención, función y deber que se establece en la ley extrapenal policial administrativa, en concreto, en el art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (73); así, en dicho art. 11 aparece contrastado el interés en la libertad y la integridad física con el *interés público* en la investigación, averiguación del ilícito penal y la sumisión del sospechoso o acusado de dicho ilícito penal a un proceso legal. Este *interés público* alcanza no sólo al cumplimiento del deber de detención, sino, del mismo modo, a la posibilidad de hacer uso de armas de fuego para evitar la comisión de un delito, o para proteger a la ciudadanía o a uno mismo.

En resumen, el conflicto entre el citado *interés público* que se quiere conseguir (a través del cumplimiento o ejecución de la función pública, en cada caso), y el bien jurídico protegido en la norma penal (la libertad o la integridad física), se resuelve, mediante la ley, a favor del primero (*el interés público*); de esta manera, en virtud del principio del interés preponderante, que fundamenta la eximente del art. 20.7 CP, se excusará toda conducta imputada de manera absolutoria, conducta que, aunque típica, implique un cumplimiento del deber; en otras palabras, se justificará dicha conducta típica siempre y cuando, al mismo tiempo y para el Derecho, comporte un interés preponderante o interés superior en relación con otro interés protegido (como el de la libertad o el de la integridad física), esto es, con otro interés relativo al respeto de la norma penal (de la norma que protege dicho interés como el de la libertad o la integridad física).

En conclusión, por aplicación de estos tres principios (unidad del ordenamiento jurídico, última ratio y del interés preponderante), que configuran el fundamento de la causa de justificación aquí estudiada (junto con los requisitos de la doctrina jurisprudencial, que comentamos a continuación), se solucionan las posibles contradicciones o colisiones normativas: colisiones entre normas extrapenales (normas policiales administrativas, que facultan, obligan o legitiman a realizar un comportamiento determinado) y normas penales (que prohíben ese mismo comportamiento); de esta manera, se evita que la aplicación de la normativa policial (que faculta a la vez que establece obligaciones o deberes —lesionar, por ejemplo—, con el consiguiente comportamiento penalmente típico, pero, no antijurídico) pueda verse confrontada con la incidencia derivada de tipos penales (74).

# VI. Requisitos de la doctrina jurisprudencial, de la doctrina penal y del TEDH

Para la aplicación de la eximente aquí estudiada, se han de tener en cuenta los criterios o



exigencias que ha establecido el Tribunal Supremo (75) y la doctrina penal (76), junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, para que se pueda aplicar la circunstancia eximente del cumplimiento de un deber al agente policial, han de concurrir las siguientes condiciones:

### 1. Sujeto activo

- La persona que invoque la causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP a su favor ha de ostentar la condición de Autoridad o agente de la misma (77), en todo caso, ha de ser un cargo público (78).
- En virtud de dicha condición, el citado funcionario ha de estar facultado legitimado por la normativa (79) correspondiente para hacer uso de medios violentos, esto es, para usar u ordenar el uso de armas o medios coercitivos o coactivos que impliquen el empleo de la fuerza, en el contexto del desempeño del deber derivado de su cargo.
- La actuación policial (con resultado de una conducta típica, como la lesión, la privación de libertad o la coacción física que se aplica a un ciudadano manifestante, por ejemplo) ha de transcurrir durante el desempeño habitual de las funciones derivadas del cargo público correspondiente (aunque el Tribunal Supremo ha reconocido la aplicación de la eximente aquí estudiada en el supuesto de un policía franco de servicio (80)).
- El funcionario policial o la autoridad ha de ostentar competencia en cuanto a la materia competencia objetiva— y a la zona geográfica de intervención, respecto a su función o cargo (81); así, no encajaría en su función y, por tanto, no dispondría de competencia objetiva, el Fiscal que firma una orden de detención en virtud del art. 487 o del art. 494 LECRIM, al ser competente el juez para ordenar dicha detención.

### 2. Sujeto pasivo

- En la conducta del sujeto pasivo ha de estar presente cierto nivel de resistencia, de peligrosidad o de alteración del orden social (por ejemplo, la alta previsibilidad de la comisión de una infracción penal, desórdenes públicos, o la fuga de un presunto responsable de un ilícito penal que huye en un vehículo velozmente).
- Dicha conducta ha de ser de tal magnitud que justifique, en términos de necesidad, congruencia y proporcionalidad, que la acción de fuerza violencia recaiga sobre el mencionado sujeto; en otras palabras, la actitud o conducta del sujeto pasivo ha de justificar la acción típica realizada por el agente policial (por ejemplo, cuando ha de conducir de una manera temeraria y manifiesta, para detener al citado presunto responsable de un delito fugado en su vehículo, poniendo en peligro bienes personales ajenos, incurriendo, por tanto, en la conducta típica del art. 380 CP, pero no en antijuridicidad, porque obra en cumplimiento de un deber —practica la detención—, al que le obliga su norma extrapenal policial administrativa específicamente).

### 3. Actuación policial o manera de ejecución

Ha de sujetarse a ciertos límites o exigencias, en concreto a las de *oportunidad, congruencia y proporcionalidad* (82) .

# 4. Principio de necesidad (83) . Necesidad en abstracto, «ex ante» (84) , en términos cualitativos

Para el cumplimiento del deber policial concreto, el agente policial ha de necesitar hacer uso de la fuerza — violencia, porque, sin ésta, no le sería posible cumplir con la obligación o deber que tiene encomendado en ese momento y lugar; en otras palabras, dicha fuerza ha de ser, por un lado, racionalmente necesaria (85) para la tutela del interés público o seguridad ciudadana que dicho agente ha de proteger; y, por otro lado, ha de valorarse que el citado agente policial no podría desarrollar la obligación que tiene asignada sin el uso de tal fuerza.

Hemos de hacer un breve inciso acerca de los requisitos hasta aquí descritos, que configuran la esencia de la causa de exención de la responsabilidad criminal aquí estudiada, para resaltar que, si cualquiera de ellos está ausente, la aquí estudiada causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP será inaplicable, ni tan siquiera como incompleta (86).

### 5. Necesidad en concreto, «ex post» (87), en términos cuantitativos

La fuerza, coacción, restricción, o, incluso, violencia que el funcionario policial ha de utilizar, en el momento y lugar concreto, ha de ser la mínima suficiente para conseguir la finalidad que pretenda en dicho momento y lugar; en todo caso, ha de utilizar el instrumento menos lesivo o restrictivo, siempre, y, además, de la manera menos perjudicial o dañosa posible, teniendo en cuenta las opciones de actuación que disponga a la hora de valorar este requisito; por ejemplo, antes de utilizar la fuerza contra un ciudadano que se niega a obedecer su orden de entregarle la documentación identificadora, el citado agente policial dispone de otros medios menos coercitivos, previstos en la ley, para obligar a cumplir a dicho ciudadano con su deber de obedecerle, ante una petición legal, medios como puede ser la instrucción de atestado por delito de desobediencia grave ex art. 556.1 CP; o, asimismo, y si es necesario, acudir a la detención ex art. 492 LECRIM (en cuyo caso, y si el citado ciudadano opone resistencia a la detención, el agente policial sí podrá emplear la fuerza para reducirlo); o, del mismo modo y simplemente, tomar nota de los datos identificadores del ciudadano en cuestión ex art. 493 LECRIM, para el posterior trámite instructor en comisaría.

### 6. Principio de proporcionalidad (88)

En coherencia con este criterio, se exige una relación de proporcionalidad entre la fuerza — violencia ejercida, por parte de la fuerza pública, y la situación que origina la intervención de dicha fuerza pública (89); esto es, la medida que el agente policial utilice será proporcionada si es idónea en relación con los medios que disponga y la gravedad de la infracción que ha de reprimir (90); en este sentido, la actuación policial, que realizando una conducta típica —lesiones, por ejemplo—, sea desproporcionada de una manera evidente (en el sentido de que, si la infracción es leve, no se debería recurrir a la violencia, en virtud de esta exigencia de proporcionalidad (91)), no cumplirá con este principio ni, por tanto, estará amparada por la causa de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.7 CP, por mucho que dicha actuación se haya desarrollado en el cumplimiento de un deber para la protección del orden jurídico (92).

En resumen, en coherencia de los dos citados principios de necesidad y proporcionalidad, y de acuerdo con MIR PUIG, se han de establecer los límites objetivos de la utilización de la fuerza — violencia por parte de las Autoridades o sus agentes, «atendiendo para ello a las exigencias específicas del ejercicio del cargo en materia de orden público» (93).

### 7. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Junto con los requisitos antes mencionados del Tribunal Supremo, hemos de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del mismo modo, porque esta doctrina complementa la del Tribunal Supremo en todo lo relativo al uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de la fuerza pública. Así y a continuación, citamos las sentencias del TEDH más relevantes en lo que respecta al establecimiento de los requisitos relativos al uso de armas de fuego y de la fuerza policial, requisitos que giran alrededor de la proporcionalidad y, sobre todo, del respeto hacia los derechos humanos:

- Sentencia *McCann y otros contra el Reino Unido*, de 27 de diciembre de 1995. Esta sentencia resuelve un caso cuyo problema de fondo es la proporcionalidad y la adecuación con la finalidad perseguida, acerca del uso de la fuerza mediante armas de fuego, por parte de miembros del ejército, en la ejecución de una operación antiterrorista (94) .
- Sentencia *Makaratzis contra Grecia*, de 20 de diciembre de 2004. Esta sentencia confirma que el uso de la fuerza mortal puede estar justificado en casos excepcionales; no obstante, dicho uso no implica «carta blanca»; de esta manera, dejar la acción o la libertad para usar un arma de fuego en manos de la discrecionalidad de los agentes de la autoridad o del Estado implica que esta discrecionalidad ha de ser compatible con el respeto efectivo a los derechos humanos; con otras palabras, no se puede dejar en manos del libre arbitrio de los agentes el uso de las armas de fuego sin regulación normativa, ya que dicho libre arbitrio, ante el riesgo de derivar en arbitrariedad, es incompatible con los derechos humanos; así, las operaciones policiales han de estar delimitadas por garantías adecuadas y efectivas contra la arbitrariedad y el abuso de la fuerza, además de legitimados por el Derecho nacional.

- Sentencia Natchova contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005. Esta sentencia establece varios criterios, en forma de requisitos acerca del uso de la fuerza por parte de la policía: a) el citado uso de la fuerza ha de ser siempre necesario y proporcionado en función de las circunstancias; b) el derecho a la vida se ha de proteger de una manera absoluta, con carácter fundamental; c) el fin legítimo de realizar una detención no puede justificar nunca el poner en peligro la vida de otras personas, excepto en caso de necesidad absoluta; d) no hay necesidad de abrir fuego o de usar la fuerza cuando se sabe que la persona que ha de ser arrestada no representa ninguna amenaza contra la vida o la integridad física de nadie y no es sospechosa de haber cometido una infracción de naturaleza violenta, incluso aunque pueda resultar la imposibilidad de detener al fugitivo.
- Sentencia Hamiyet Kaplan y otros contra Turquía, de 13 de septiembre de 2005. Esta sentencia establece los aspectos o requisitos que hay que observar en toda la normativa y en toda actuación policial relativa al uso de la fuerza y de las armas de fuego: a) han de establecerse instrucciones claras por parte de policías de rango superior; b) los agentes policiales han de tener un dominio perfecto de métodos que permitan el arresto de personas peligrosas sin atentar contra la vida de éstas; c) ha de regularse un marco jurídico que suministre criterios concretos y recomendaciones acerca del uso de la fuerza a la policía.
- Sentencia *Goguadze c. Georgia*, de 27 de junio de 2019. Esta sentencia resuelve una denuncia por unos hechos sucedidos en la ciudad de Tiblisi, capital de Georgia, el 11 de mayo de 2011. El contenido de dicha denuncia versa sobre una detención ilegal acompañada de malos tratos por parte de agentes policiales contra el denunciante Sr. Nikoloz Goguadze. Dichos hechos fueron denunciados por el mencionado Sr. Goguadze, pero no fueron investigados adecuadamente por parte de las autoridades georgianas. La denuncia llegó al TEDH, que, en su sentencia, calificó lo sucedido como tortura y trato inhumano y degradante; en dicha sentencia se afirma, además, que la utilización de la fuerza policial, si no es necesaria o imprescindible, puede afectar la dignidad humana, y, en este caso, dicha vulneración supuso una infracción tipificada en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

### VII. Referencias normativas internacionales

Mencionamos los textos internacionales más destacados (95), en relación con el uso de la fuerza, de las armas de fuego y de otras herramientas policiales.

#### 1. Internacional — ONU

- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, Código aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.
- Principios básicos sobre el uso de la fuerza y de armas de fuego por los encargados de hacer cumplir la Ley. Principios aprobados en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre «Prevención del delito y tratamiento del delincuente», Congreso celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Estos principios básicos configuran un texto programático; su contenido ayuda a explicar los límites de la actividad policial e, igualmente, es una guía para una utilización equilibrada y adecuada de la coacción física y psíquica o la violencia por parte del Estado; a título de ejemplo, en este texto, se establece que «Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego contra las personas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley».

### 2. Europa

- Declaración de la policía. Esta declaración es una norma jurídica originaria y de referencia, que fue promovida desde el Consejo de Europa, aprobada por dicho Consejo el 8 de mayo de 1979 mediante Resolución 690/1979. En el punto «a», Núm. 13, de esta declaración, se proclama que «Es necesario dar a los funcionarios de policía instrucciones claras y precisas sobre la manera y las circunstancias en las que han de hacer uso de sus armas».
  - Código Europeo de Ética de la Policía. Promulgado por el Consejo de Europa.

Recomendación Rec. (2001) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética de la Policía (Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2001). El apartado III está dedicado a la policía y a la justicia penal. En el apartado IX se afirma la necesidad de supervisar las intervenciones policiales por parte de las autoridades y de los representantes del Ministerio Fiscal o del poder judicial. En el apartado V 41 se establece que la intervención policial no ha de influir ni afectar a la vida privada de las personas ni, por tanto, a su derecho a la intimidad (derecho regulado en el art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*), excepto en caso de necesidad y, en todo caso, para conseguir un objetivo legítimo (96) .

### **VIII. Conclusiones**

La protección penal de los derechos y bienes jurídicos fundamentales no es absoluta porque su afectación puede estar justificada si se actúa bajo ciertas circunstancias, en concreto, cuando la conducta del sujeto activo se adecua a una causa de justificación, como, por ejemplo, la aquí estudiada de obrar en cumplimiento de un deber, regulada como eximente o causa de exención de la responsabilidad criminal en el art. 20.7 CP.

La citada eximente o causa de exención configura una cláusula de cierre de todo el sistema jurídico porque establece la manera en la que el sujeto activo ha de actuar ante un contexto de colisión normativa o de deberes: así, cuando una conducta o hecho se encuentra regulada en una ley penal (que prohíbe la realización de dicha conducta o hecho), y, al mismo tiempo, en otra ley extrapenal (que obliga o autoriza la realización de ese mismo hecho o conducta), estamos ante una situación que comporta un conflicto, una colisión de leyes o conflicto de deberes; así, dicho conflicto es superado al decantarse el art. 20.7 CP a favor de la norma administrativa extrapenal o especial — policial; esto es así en virtud del fundamento de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, regulada en el mencionado art. 20.7 CP, como eximente o causa de exención de la responsabilidad criminal. De esta manera, se evita que la aplicación de la normativa policial administrativa o extrapenal pueda verse confrontada con la incidencia derivada de tipos penales; en otras palabras, la autoridad o sus agentes que, sujetándose a su normativa profesional a la hora de obrar en cumplimiento de un deber, actúan de manera lícita, aunque realicen un tipo penal; esto es, no ejecutan el citado tipo penal antijurídicamente, al están amparados por la causa de justificación aquí estudiada; así, y en virtud de dicho amparo, no han de ser confrontados con el proceso penal ab initio.

## Notas

(1)
La expresión «causa de justificación» no aparece, como tal, ni su definición, en ningún artículo del Código penal; sí, en cambio, y tan solo en una ocasión, pero sin definir, en la LECRIM, en su art. 502.4.

Ver Texto

(2) El art. 20.7 CP es el objeto de estudio de este trabajo; no obstante, el art. 282 bis 5 LECRIM presenta un contenido protector justificante o de amparo a favor del agente policial, también, en el sentido de que su naturaleza jurídica es la de una causa de justificación igual que el art. 20.7 CP: en el contexto de la investigación de la delincuencia organizada, y respecto a la figura del agente encubierto, el art. 282 bis 5 LECRIM contiene la exención de la responsabilidad criminal, exención que presenta naturaleza jurídica de causa de justificación (o de excusa absolutoria, según se analice), tal y como así sucede en nuestro objeto de estudio el art. 20.7 CP; en este sentido, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El agente encubierto», en La Ley, Núm. 2, 1999, pp. 1954-1957, p. 1954.

Ver Texto

(3) Para una mayor profundización sobre la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber,



véase la tesis doctoral de NACARINO LORENTE, J. M., *Obrar en el cumplimiento de un deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (correcta utilización de la fuerza policial)*, Universitat de València, 2016; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 337 y ss., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona. 2016, p. 491 y ss., CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo 1966, p. 297 y ss., CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G./DEL TORO MARZAL, A./CASABO RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ed. Bosch. Barcelona. 1972, p. 366 y ss., SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Ed. Bosch, Barcelona. 1995. Y CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987.

Ver Texto

(4) En este sentido, véase VEGA GUTIÉRREZ, J. Z., «Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Cumplimiento del deber. Obediencia debida.», en *Derecho penal en casos. Parte General*. AAVV. Director Diego — M. Luzón Peña. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2018, pp. 263 — 278.

Ver Texto

(5) Los deberes policiales están regulados en la ley específica, la ley extrapenal, la ley policial administrativa, pero, también, en la ley penal, en concreto en la ley procesal penal: en el art. 282 y ss. junto con el art. 492 LECRIM; pero, es en la citada ley extrapenal policial administrativa donde se regulan dichos deberes de una manera más expresa, directa y vinculante, por su condición de «lex specialis».

Ver Texto

(6) En este sentido, véase QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Coacción directa y justificación», *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 3, pp. 643-660, 1983.

Ver Texto

(7) Dicha colisión normativa es resuelta a favor de la norma extrapenal o administrativa, de acuerdo con la eximente regulada en el art. 20.7 CP, que se decanta a favor de la *lex especialis*, que deroga la norma penal — general; así, y en virtud del principio de «ley especial», que es prioritaria a la ley general, se ha interpretado que el citado art. 20.7 CP es una regulación superflua; MIR PUIG se posiciona a favor de la regulación expresa, y en contra de dicho carácter superfluo, MIR PUIG, *op. cit.*, p. 492 — 493.

Ver Texto

(8) En este sentido, véase TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Intervención policial lesiva y cumplimiento de un deber como causa de justificación», Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 147.

Ver Texto

(9) Véase STS, S 2a, 11.12.2019, FJ 4o, apartado 3 (MP: Excmo. Sr. D. Pablo LLARENA CONDE).

Ver Texto

(10) Sobre dichos policías judiciales y auxiliares, véase la relación que se regula en el Art. 283 LECRIM.

Ver Texto

(11) Tal y como así lo establece el art. 492 LECRIM. Sobre los cargos o personas que se encuadran dentro del concepto penal de autoridad, véase el art. 24.1 CP.

Ver Texto

(12) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 496.

Ver Texto

(13) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., pp. 495-496; también, STS, S. 2ª, 28.12.2006 (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE); y el art. 283.7º LECRIM. Sobre el concepto de funcionario en el ámbito penal, véase el art. 24.2 CP.

Ver Texto

(14) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 496.

Ver Texto

(15) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 8.7.1998 (MP: Excmo. Sr. D. José Antonio MARTÍN PALLÍN).

Ver Texto

(16) Sobre este tipo de actuaciones realizadas por particulares, véase ROXÍN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. D. y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Ed. Civitas. Madrid. 1997, p. 745 y ss.

Ver Texto

(17) Un comentario sobre la intervención de la eximente regulada en el art. 20.7 CP en el contexto del art. 450 CP, véase en MIR PUIG, op. cit., p. 493.

Ver Texto

(18) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 495.

Ver Texto

(19) En este sentido, véase CONDE — PUMPIDO FERREIRO, C., en AA VV, *Código penal comentado*, C. Conde — Pumpido (Director), Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 107.

Ver Texto

(20) Así, véase MIR PUIG, *op. cit.*, p. 494.

Ver Texto

(21) En este sentido, véase la STC, S. 2ª, 21.5.2007, Antecedente 2º, apartado a) párrafo 3º (MP: Excmo. Sr. D. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ).

Ver Texto

(22) Exención de pena que podrá ser total o parcial, en función de si la eximente regulada en el art. 20.7 CP se valora como eximente o atenuante completa o incompleta, por parte del juez o tribunal; en este sentido, véase SÁNCHEZ GARCIA, op. cit., p. 151 y ss.

Ver Texto

(23) En este sentido, véase Auto, Audiencia Provincial de Barcelona, S. 5ª, 14.1.2019, FJ 3º y 4º (MP: Ilmo. Sr. D. José M. ASSALIT VIVES), haciendo referencia a la STS, S. 2ª, 25.4.2018 (MP: Excmo. Sr. D. Antonio del MORAL GARCÍA).

Ver Texto

(24) En este sentido, véase MIR PUIG, *op. cit.*, p. 499 y ss.

Ver Texto

(25) En este sentido, véase ROXÍN, op. cit., 751 y ss.

Ver Texto

(26) Véase STS, S. 2ª, 8.1.2020 (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE).

Ver Texto

(27) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 501.



Ver Texto

(28) En este sentido, véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La supresión de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho de corrección su evolución desde la antijuricidad a la tipicidad», en Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. María Luisa Maqueda Abreu, María Martín Lorenzo, y Arturo Ventura Püschel (Coord.). Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 193-208.

Ver Texto

(29) En este contexto, véase MIR PUIG, op. cit., p. 504.

Ver Texto

(30) Así, véase ROXÍN, op. cit., p. 755.

Ver Texto

(31) Así, véase MIR PUIG, op. cit., p. 502 y p. 504.

Ver Texto

(32) En este sentido, se posiciona la doctrina alemana; así, véase ROXÍN, op. cit., p. 755.

Ver Texto

(33) En este sentido, y contra el castigo físico en la escuela, se posiciona el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Poner fin a la violencia en la escuela. Guía para los docentes*, «El castigo físico y psicológico», Ed. UNESCO, 2011, p. 10.

Ver Texto

(34) Véase VEGA GUTIÉRREZ, op. cit., p. 267.

Ver Texto

(35) Así, véase SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., p. 351.

Ver Texto

(36) En este sentido, véase BAYÓN LÓPEZ, C., «El uso de armas de fuego por parte de funcionarios policiales», en *La Ley*, Núm. 7177, 19 de mayo , 2009, p. 4.

Ver Texto

(37) Véase STS, S. 2ª, 20.6.2005, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Francisco MONTERDE FERRER).

Ver Texto

(38) Tal y como así se establece en el art. 5.2. c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*.

Ver Texto

(39) Véase VEGA GUTIÉRREZ, op. cit., p. 267.

Ver Texto

(40) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 2.6.2010, FJ 1º (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA).

Ver Texto

(41) Así, véase ROXÍN, op. cit., p. 734 y ss.

(42) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 2.6.2010, FJ 1º, apartado 3 (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA).

Ver Texto

(43) Un ejemplo de aplicación como eximente incompleta, en virtud del art. 20.7 CP, véanse SSTS, S. 2ª, 15.1.2003 (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO) y, 2ª, 31.1.2005 (MP: Excmo. Sr. D. José Manuel MAZA MARTÍN).

Ver Texto

(44) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 11.12.2019, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Pablo LLARENA CONDE). Sobre la posibilidad de aplicar la analogía favorable al reo, véase MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P., *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. ISBN: 9788481263084. Ed. La Ley. Madrid. 2009.

Ver Texto

(45) En este sentido, véanse SSTS, S. 2ª, 20.6.2005, FJ 4º, párrafo 3º (MP: Excmo. Sr. D. Francisco MONTERDE FERRER); S. 2ª, 21.1.2013, FJ 6º (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO); S. 2ª, 20.5.2008 (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO); y S. 2ª, 19.12.2013, FJ 5º (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE — PUMPIDO TOURON).

Ver Texto

(46) En este sentido, véase la sentencia del TEDH en el Caso Goguadze c. Georgia, 27 de junio de 2019.

Ver Texto

(47) En este sentido, véase STS, S. 2a, 20.5.2008, FJ 40 (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO).

Ver Texto

(48) En este sentido, véase el art. 11.1 g) y h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*.

Ver Texto

(49) El derecho a la libertad puede ser limitado, conforme al art. 17.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, entre otros preceptos legales .

Ver Texto

(50) En este sentido, véase CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español (parte general)*, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid. 2002, p. 891.

Ver Texto

(51) En este sentido, véase BAYÓN LÓPEZ, op. cit., p. 3.

Ver Texto

(52) En este sentido, véase el art. 282 bis 3 LECRIM, entre otros.

Ver Texto

(53) En este sentido, véanse SSTS, S. 2ª, 2.6.2010, FJ 1º (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA); y S. 2ª, 20.5.2008, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO).

Ver Texto

(54) No obstante, no siempre hay violencia, como es el caso de actuación policial sobre el derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones ex art. 18.3 CE, cuando se interceptan las comunicaciones telefónicas, de acuerdo con el art. 588 ter y ss. LECRIM, o cuando se analizan los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación del presunto responsable de un delito informático de conformidad con el art. 282 bis.6 LECRIM; o en el supuesto de intervención, apertura y examen de la

correspondencia de un particular de conformidad con el art. 579 y ss. LECRIM, o de un interno de un centro penitenciario, por parte del funcionario de prisiones, de acuerdo con el art. 51.5 LOGP; así, estas conductas, aunque típicas en virtud del art. 197 CP, no son antijurídicas al estar amparadas por el art. 20.7 CP, si se cumplen los requisitos jurisprudenciales; en este sentido, véase ROXÍN, op. cit., p. 735.

Ver Texto

(55) Véase MIR PUIG, op. cit., p. 494.

Ver Texto

(56) En especial, véase CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal español. Parte general, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid. 1998, p. 292.

Ver Texto

(57) Véase PÉREZ ALONSO, E. J., «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente.», en *Cuadernos de política criminal*, Núm. 56, 1995, p. 635.

Ver Texto

(58) Véase STS, S. 2ª, 20.5.2008, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO).

Ver Texto

(59) Sobre la posibilidad de hacer uso de las armas, por parte del agente policial, contra el presunto responsable de un ilícito penal, de una manera intencionada y letal, para, de esta manera, salvar o proteger un bien jurídico personal fundamental, en cumplimiento del deber, véase «Sobre la legitimidad del deber de tirar a matar de los agentes de policía», COCA VILA, I. «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, http://criminet.ugr.es/recpc, 19-24, 2017, p. 32 y ss.

Ver Texto

(60) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 16.7.2021 (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE).

Ver Texto

(61) En este sentido, véase QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Necesidad, legalidad y oportunidad. (A propósito de la cobertura de la injerencia policial)», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5, 1990, pp. 135-157.

Ver Texto

(62) Véase LARRAURI PIJOAN, E., «Causas de justificación», en *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal.* Ed. Tecnos , Madrid, 1997, p. 60.

Ver Texto

(63) Véase MIR PUIG, op. cit., p. 492.

Ver Texto

(64) En el ámbito policial, «Acerca del fundamento y los límites de los deberes de coacción jurídica de los agentes de policía», véase COCA VILA, op. cit., p. 6 y ss.

Ver Texto

(65) Sobre este principio, véase JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Ed. Comares , Granada. 2002, p. 350; también, MIR PUIG, *op. cit.*, p. 491.

Ver Texto

(66) En este sentido, véase VALLE MUÑIZ, J. M., «La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación.», en *Política criminal y nuevo* 

Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxín. Ed. Jesús — María Silva Sánchez — José María Bosch. Barcelona., 1997, p. 465.

Ver Texto

(67) En este sentido, véase PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 624.

Ver Texto

(68) En este sentido, véase SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., p. 76.

Ver Texto

(69) Véase MIR PUIG, op. cit., p. 492.

Ver Texto

(70) Sobre este principio, véase CARBONELL MATEU, J. C., La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes, Edersa, Madrid. 1982, p. 119. Sobre los criterios a la hora de aplicar un principio de una manera prioritaria sobre otro, véase BOBBIO, N., Teoría General del Derecho (Traducido por Eduardo Rozo Acuña), Ed. Debate, Madrid. 1991, p. 204.

Ver Texto

(71) Véase MIR PUIG, op. cit., p. 492.

Ver Texto

(72) Véase PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 635.

Ver Texto

(73) También, y en relación con el cumplimiento del deber de detención por los agentes de la autoridad, véanse los arts. 282 y ss. y 492 LECRIM.

Ver Texto

(74) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 20.6.2005, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Francisco MONTERDE FERRER).

Ver Texto

(75) En este sentido, véanse las SSTS, S. 2ª, 15.1.2003, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO); 20.5.2008, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO); 2.6.2010, FJ 1º (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA); 19.12.2013, FJ 5º (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE — PUMPIDO TOURON); y 11.12.2019, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Pablo LLARENA CONDE).

Ver Texto

(76) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 496 y ss.

Ver Texto

(77) Así, véase MIR PUIG, op. cit., p. 497.

Ver Texto

(78) Así, véase QUERALT JIMÉNEZ, «Coacción...», op. cit., p. 644, nota 2.

Ver Texto

(79) En este sentido, véase el art. 5.2, apartados c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; el art. 104 C.E., la Declaración de la Policía promulgada por el Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979; y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

(80) Así, véase la STS, S. 2ª, 14.5.1998 (MP: Excmo. Sr. D. José Augusto DE VEGA RUIZ); véase, también, COCA VILA, op. cit., p. 13.

Ver Texto

(81) En este sentido, véase ROXÍN, op. cit., p. 735.

Ver Texto

(82) Los criterios o juicios a utilizar, según el art. 5.2 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, son los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad a la hora de utilizar los medios al alcance del funcionario policial, medios como, por ejemplo, el arma reglamentaria; en este caso de uso de armas, hay que añadir la exigencia regulada en el art. 5.2 d) de la citada Ley Orgánica.

Ver Texto

(83) Sobre el principio de necesidad, véase MIR PUIG, op. cit., 497. Sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los criterios de necesidad y proporcionalidad, véanse las SSTS, S. 2ª, 20.5.2008, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. Diego Antonio RAMOS GANCEDO); y 2.6.2010 (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA). A título de ejemplo de actuación policial desarrollada bajo los citados parámetros de necesidad y proporcionalidad, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S. 5ª, 14.1.2019, FJ 7º (MP: Ilmo. Sr. D. José M. ASSALIT VIVES).

Ver Texto

(84) En este sentido, véase VEGA GUTIÉRREZ, op. cit., p. 271.

Ver Texto

(85) En este sentido, véase la STC, S. 2ª, 21.5.2007, FFJJ 2º y 5º (MP: Excmo. Sr. D. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ).

Ver Texto

(86) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 497 y 498; también, STS, S. 2ª, 15.1.2003, FJ 4º (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO).

Ver Texto

(87) En este sentido, véase VEGA GUTIÉRREZ, op. cit., p. 271.

Ver Texto

(88) Sobre el principio de proporcionalidad, en el contexto de la eximente aquí estudiada, véase MIR PUIG, op. cit., p. 498.

Ver Texto

(89) En este sentido, véase STS, S. 2ª, 15.1.2003, FJ 4º.1 (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO).

Ver Texto

(90) Así, véase STS, S. 2a, 15.1.2003, FJ 4º.2 (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO).

Ver Texto

(91) En este sentido, véase MIR PUIG, op. cit., p. 498.

Ver Texto

(92) Así, véase MIR PUIG, op. cit., p. 499.

(93) Véase MIR PUIG, op. cit., p. 497.

Ver Texto

(94) Sobre un análisis de esta sentencia y sobre el problema de fondo que se analiza (el uso desmesurado o desproporcionado de la fuerza, mediante armas de fuego), véase MANZANO SOUSA, M., «Tres muertes en El Peñón: El éxito de la operación Flavius»; en *La Ley*, Núm. 2, 2000, pp. 1757 -1790.

Ver Texto

(95) En este sentido, véase BAYÓN LÓPEZ, op. cit., p. 1 y ss.

Ver Texto

(96) En este sentido, véase Auto del Juzgado de Instrucción Núm. 22 de Barcelona, Diligencias previas Núm. 590.18-K, 1.1.2019, Ilmo. Sr. D. Juan Emilio VILÁ MAYO.