



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**USO DE LA FUERZA POR
LAS FUERZAS Y CUERPOS
DE SEGURIDAD DEL
ESTADO**

Alumno: José Manuel Gutiérrez Díaz

Junio, 2021

ÍNDICE

1.DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE CUERPO Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO	5
2.LA LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y LAS FFCCSE	5
2.1 La legitimidad institucional.....	6
2.2 Los ciudadanos y la confianza en la policía.....	7
3.LA ANTIJURICIDAD Y LAS FFCCSE	7
3.1 Consideraciones generales.....	7
3.2 La antijuricidad formal y material.....	8
3.3 Los elementos objetivos y subjetivos de la antijuricidad.....	8
3.4 El desvalor de la acción y el desvalor del resultado.....	9
3.5 El error sobre elementos de la antijuricidad.....	10
3.6 El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.....	11
3.6.1 <i>Cumplimiento de un deber por parte de un cargo público.....</i>	<i>12</i>
3.6.2 <i>Límite establecido por la vulneración de derechos fundamentales</i>	
<i>(artículo 15 CE).....</i>	<i>15</i>
3.6.3 <i>El uso ilegítimo de la fuerza para obtención de confesiones, información</i>	
<i>o como método de castigo y discriminación.....</i>	<i>16</i>
3.7 La legítima defensa	17
3.8 La desobediencia justificada por parte de la autoridad o agente.....	20
4.USO ILEGÍTIMO DE LA FUERZA POR LAS FFCCSE	23
4.1 Concepto de uso legítimo de la fuerza.....	23
4.2 Excesos en el uso de la fuerza.....	24
4.2.1 <i>Factores situacionales</i>	<i>25</i>
4.2.2 <i>Factores relativos a la organización</i>	<i>25</i>
4.3 Modelos de empleo de la fuerza por parte de la policía.....	25
4.3.1 <i>Modelo de uso progresivo.....</i>	<i>25</i>
4.3.2 <i>Modelo de fuerza continua.....</i>	<i>26</i>
4.3.3 <i>Modelo de escala racional.....</i>	<i>27</i>
4.3.4 <i>El modelo circular.....</i>	<i>27</i>
4.3.5 <i>El modelo de respuesta dinámica.....</i>	<i>28</i>
4.4 Control del uso de la fuerza.....	28
4.4.1 <i>La rendición de cuentas.....</i>	<i>29</i>

4.4.2	<i>La supervisión efectiva</i>	30
4.4.3	<i>Integridad y transparencia</i>	30
4.4.4	<i>Recomendaciones para una intervención policial menos lesiva</i>	31
4.5	Los estándares internacionales en el uso de la fuerza de forma y legitimidad ..	31
4.5.1	<i>Asamblea General de Naciones Unidas “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, diciembre de 1979”</i>	31
5.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTUACIONES POLICIALES	34
6.	ESPAÑA Y LA TORTURA EN DEPENDENCIAS POLICIALES	35
6.1	La definición de tortura.....	35
6.2	El TEDH y las condenas a España por vulneración del CEDH.....	36
6.2.1	<i>Vertiente material del artículo 3 CEDH</i>	36
6.2.2	<i>Vertiente procedimental o procesal del artículo 3 CEDH</i>	36
6.3	Contexto en el cual se incumple el artículo 3 CEDH	37
6.4	Obligación de investigar las denuncias sobre malos tratos, tratos inhumanos o degradantes	37
6.5	Condenas por incumplimiento del artículo 3 CEDH.....	38
6.5.1	<i>Caso Martínez Salas y otros (2004/65)</i>	38
6.5.2	<i>Casos San Argimiro Isasa (28 de septiembre de 2010, demanda no 2507/07), Otamendi Eiguren(12 de diciembre de 2012, demanda no 47303/08) y Beristain Ukar (8 de marzo de 2011)</i>	39
6.5.3	<i>Casos Etxebarria Caballero (7 de octubre de 2014, demanda no 74016) y Ataun Rojo (7 de octubre de 2014, demanda no 3344/13)</i>	40
CONCLUSIONES		
BIBLIOGRAFÍA		

Resumen

En este estudio se investiga sobre el uso de la fuerza por parte de FFCCSE, desde una perspectiva jurídica, siendo conscientes de la dificultad de este estudio, comenzamos la investigación analizando la legitimidad que tienen estos cuerpos para poder ejercer el uso de la fuerza de forma justificada, comprobando pues que el uso de la fuerza por FFCCSE estará justificado en la legitimidad dada por los ciudadanos al propio Estado, el cual conserva el monopolio del uso de la fuerza y la emplea mediante las FFCCSE. Conociendo pues la legitimidad de estos cuerpos el estudio continúa analizando a nivel jurídico las posibles causas de justificación en las que podríamos encajar el empleo de la fuerza, así como los diferentes modos de empleo de la fuerza por parte de la policía, los límites establecidos a ese uso de la fuerza y los casos en los que podríamos considerar que se ha producido un empleo de la fuerza indebida. Para finalizar analizamos a modo de crítica diversos casos en los cuales el TEDH condenó al Estado Español por no investigar la posibles torturas sufridas por detenidos en dependencias policiales, concluyendo que esto supone un déficit democrático.

ABSTRACT

This study investigates the use of force by the FFCCSE, from a legal perspective, being aware of the difficulty of this study, we begin the investigation by analysing the legitimacy of these bodies to be able to exercise the use of force in a justified manner, thus proving that the use of force by the FFCCSE is justified in the legitimacy given by citizens to the state itself, which retains the monopoly on the use of force and employs it through the FFCCSE. Knowing the legitimacy of these bodies, the study continues with a legal analysis of the possible causes of justification for the use of force, as well as the different ways in which the police use force, the limits established for this use of force and the cases in which it could be considered that there has been an improper use of force. Finally, we critically analyse various cases in which the TEDH condemned the Spanish state for failing to investigate possible torture suffered by detainees in police custody, concluding that this represents a democratic deficit.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CP.	Código Penal
FFCCSE.	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CE.	Constitution Española
LO.	Ley Orgánica
CEDH.	Convenio Europeo de Derechos Humanos
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo

1.DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE CUERPO Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Para poder comprender las causas de justificación mediante las cuales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante FFCCSE) puede hacer uso legítimo de la fuerza para cumplir con sus deberes o asegurar el orden social establecido, es necesario conocer los sujetos a los cuales se les puede considerar miembros de los cuerpos de seguridad según nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos reconocer estas FFCCSE de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el cual establece *Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.*

Se puede decir que la Guardia Civil y la Policía Nacional son los dos cuerpos principales que actúan en todo el territorio español, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por: a) El Cuerpo Nacional de Policía, que es un Instituto Armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.*

Se puede decir que las FFCCSE son las personas encargadas de garantizar la seguridad de personas y bienes¹.

2 .LA LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Antes de exponer el concepto que nuestro ordenamiento jurídico le concede a las FFCCSE, así como la legitimidad que tienen estas para emplear la fuerza y los requisitos que se deben de dar a la hora de usar la fuerza es necesario explicar la legitimidad que tienen

¹ TURRADO VIDAL, M., “La Policía en la Historia Contemporánea de España 1766-1986”, Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2020, p. 25.

tanto las instituciones del estado como las Fuerzas de Seguridad para ejercer la fuerza de forma única.

2.1 La legitimidad institucional

El concepto de legitimidad se puede definir como el derecho a gobernar y el reconocimiento de los gobernados de ese derecho, según Hinsch² se puede decir que hay dos tipos de legitimidad, la legitimidad normativa u objetiva y la legitimidad empírica u objetiva. Estos conceptos han sido desarrollados por Hough³ en 2013 estableciendo lo siguiente:

- La legitimidad normativa u objetiva, describe si los Estados se ajustan a ciertos estándares de justicia y racionalidad. La legitimidad se basa en lo que el sistema de justicia puede hacer y la relaciones que se dan entre el ciudadano y los sistemas de justicia, cumpliendo estos criterios de efectividad, responsabilidad o legalidad.
- La legitimidad empírica o subjetiva, establece si aquellos que están sujetos a una autoridad, realmente le dan legitimidad a dicha autoridad. Esta legitimidad establece el reconocimiento de la obligación de obedecer por parte de los gobernados las órdenes de los gobernantes, siempre que estos actúen dentro de un marco normativo y ético apropiado sometido al principio de legalidad.

Hough considera que la legitimidad empírica tiene tres subcomponentes: la obligación de obedecer, la legalidad y la afinidad moral. Estas ideas estan basadas en el trabajo de David Beethan, el cual considera que la legitimidad empírica la componen tres subcomponentes estimando que una autoridad tiene legitimidad cuando⁴:

- Los gobernados voluntariamente obedecen a la autoridad.
- Este consentimiento se basa en la actuación de la autoridad conforme a la legalidad, es decir conforme al Derecho.
- Se da la existencia de cierta afinidad entre los que tienen el poder y los gobernados, reflejando valores morales que son compartidos entre los dos sujetos.

² AGUDELO-GONZÁLEZ,G. “Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial”, *La legitimidad de la policía y la justicia procedimental* (coord. RUIZ RODRÍGUEZ L. LORENTE ACOSTA, J.A. y AYUSO VILACIDES,J),Editorial Tirant lo Blanch,Valencia, 2017,p. 57.

³ HOUGH, M/JACKSON, J., BRADFORD, B., “¿De qué depende la legitimidad de la policía? Resultados de una investigación Europea”, *InDret* 4/2013,pp. 1-27.

⁴ Así lo explica AGUDELO-GONZÁLEZ,G.“ *La legitimidad de la policía y la justicia.....* ” Op. cit., p. 57.

En la actualidad, el ejercicio de la fuerza coactiva por el Estado mediante las FFCCSE no es cuestionado en sí, lo que se plantea por parte de la sociedad es si en todas las ocasiones ese uso de la fuerza es legítimo⁵.

2.2 Los ciudadanos y la confianza en la policía

Los ciudadanos obedecen el Derecho debido a la creencia que tienen en él y en el deber de obedecer las normas, así como las órdenes dadas por la autoridad, no por la amenaza del castigo que supone desobedecer, sino por la creencia en que es lo correcto. De esta forma, cuando la policía ejerce el poder que el Derecho le ha concedido e interactúa con el ciudadano, la confianza que el ciudadano tiene en el policía resulta fundamental para que el ciudadano voluntariamente obedezca, sin tener el policía que recurrir a la fuerza. Esta legitimación que el Derecho y el ciudadano le concede al policía y a sus actuaciones, se relaciona directamente con la opinión pública que tiene la sociedad de la policía, del estado y del Derecho. Con esto podemos decir que un mal uso reiterado de la legitimidad que tiene la autoridad durante un largo tiempo afecta a la opinión pública de la autoridad, llevando a la sociedad a cuestionarse la legitimidad de esta autoridad y provocando la desobediencia por parte de la ciudadanía a las normas y a las órdenes dadas por aquella. De este modo, cuando se desconfía de la policía por la creencia de una actuación de la misma de forma injusta nos situamos en un patrón en el cual falta la cooperación y la legitimación con las instituciones⁶.

3. LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS FFCCSE

3.1 Consideraciones generales

Una vez comprobado que la acción constituye un hecho típico previsto en el Código Penal (en adelante CP), tendremos que ver si la acción no está justificada en alguna causa de justificación y por lo tanto dicha acción es antijurídica. En circunstancias normales, la realización de un hecho típico es antijurídico también, pero se deberá hacer un juicio de antijuricidad en el cual de forma negativa la causa de justificación excluye la responsabilidad del sujeto que realiza la acción⁷.

⁵ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. “ El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal”, *Nuevo Foro Penal*, nº80, 2014. pp1-32.

⁶ *Ibidem*, p.58-59.

⁷ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 283-284.

Teniendo claro que el comportamiento debe ser humano, externo, voluntario y típico para ser considerado delictivo deberemos comprobar que ese comportamiento no está justificado por alguna de las causas de justificación establecidas en el artículo 20 del CP.

La relación entre la tipicidad y la antijuricidad de una conducta puede ser definida mediante dos teorías: por un lado, la teoría tradicional, la cual considera que, al darse una causa de justificación, se produce la exclusión de la antijuricidad, pero no de la tipicidad, por lo tanto la conducta será típica pero no antijurídica; y, por otro lado, la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual considera que las causas de justificación en las conductas elimina la tipicidad, esta segunda teoría entiende que el tipo en la teoría tradicional tendrá solo la parte positiva del tipo completo del injusto al cual se le tendrá que añadir la parte negativa representada por la falta de concurrencia de los presupuestos necesarios en una causa de justificación⁸.

3.2 La antijuricidad formal y material

La contradicción que se da entre la acción y el ordenamiento jurídico se llama antijuricidad formal, mientras que el ataque que se produce al bien jurídico se conoce como antijuricidad material⁹. La esencia de la antijuricidad será, pues, la ofensa al bien jurídico protegido por la norma que es incumplida, si no se da esta lesión al bien jurídico la conducta no será antijurídica, aunque aparentemente se produzca la contradicción entre la norma y la acción. El motivo de esto último será la necesidad de cumplir con los principios de insignificancia y mínima intervención¹⁰.

3.3 Los elementos objetivos y subjetivos de la antijuricidad

En lo que se refiere a los elementos objetivos y subjetivos, la doctrina causalista no considera necesario el elemento subjetivo en las causas de justificación, sólo será necesario la presencia de los presupuestos objetivos para que se de la causa de justificación¹¹. Por otro lado, el finalismo alemán, mediante la teoría de los elementos subjetivos de las causas de justificación, considera que es necesario la concurrencia del elemento subjetivo y el elemento objetivo para poder considerar la apreciación de una causa de justificación¹².

⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*, 10º ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 432-434.

⁹ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., pp. 284-285.

¹⁰ *Ibidem*, p. 284-285.

¹¹ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit. p. 436.

¹² *Ibidem*, p. 436.

Al margen de la posición defendida por el causalismo y por el finalismo, existe una tercera vía que es la más defendida por la doctrina, haciendo referencia al dolo, por lo que el sujeto en principio es necesario que actúe objetivamente en el marco de la causa de justificación y subjetivamente con conocimiento de dicha causa, sin que sea totalmente necesario que bajo la finalidad de la justificación, en esta tercera vía se encuentra la realidad punitiva española¹³.

Nuestro CP sólo considera necesario la concurrencia del elemento objetivo para darse la causa de justificación, en el caso de que el sujeto actuara sin saber que no se dan los presupuestos objetivos de la acción, nuestro ordenamiento aplica la eximente incompleta, ya que el hecho no está justificado en lo que se refiere a la concurrencia del desvalor de la acción propia de su peligro pero se deberá atenuar la pena por falta de desvalor global del resultado¹⁴.

Nuestro ordenamiento establece otro mecanismo para solucionar este problema satisfactoriamente mediante la aplicación de la eximente incompleta, por lo que el hecho no estará justificado, ya que concurre el desvalor de la acción que propicia el peligro, pero deberá atenuarse la pena por falta de desvalor del resultado¹⁵.

3.4 El desvalor de la acción y el desvalor del resultado

Como regla general se puede hablar de desvalor de la acción y desvalor del resultado con relación a las conductas consideradas antijurídicas¹⁶. La norma penal cuya infracción determina que la conducta sea antijurídica no será solo una norma de valoración, será además una norma de determinación para que los ciudadanos tengan conocimiento de las acciones que pueden realizar y las actividades que no pueden realizar¹⁷. El Derecho penal, para cumplir con el principio de mínima intervención, no sanciona toda puesta en peligro o lesión que se produce a los bienes jurídicos solo las acciones que se consideran intolerables¹⁸. Tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado son importantes en el Derecho penal y están unidos, así por ejemplo, la prohibición de matar a alguien está compuesta por la

¹³ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho penal. Parte General*, Editorial Dykinson S.L., Madrid 2018, p.497.

¹⁴ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p.436.

¹⁵ *Ibidem*, p. 437.

¹⁶ ORTS BERENGUER, J. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. *Introducción al derecho penal parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.113.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p.290.

¹⁸ *Ibidem*, p. 439.

protección y los valores que se le dan a la vida¹⁹. Para evitar los excesos que se pueden producir a la hora de dar mayor importancia a uno u otro desvalor se deberá tener en cuenta el principio de intervención mínima²⁰. Por último, podemos decir que carece de sentido desvincular la norma de conducta de la lesividad que dará lugar al desvalor de la acción, de la lesividad que da lugar al desvalor del resultado, puesto que incluso en los casos de tentativa inidónea una potencial lesividad es requisito para la punición.²¹

3.5 El error sobre los elementos de la antijuricidad

Por otro lado, la suposición errónea en la creencia de la concurrencia de los presupuestos necesarios para que se pueda dar una causa de justificación se considera como un error negativo, el cual debe tratarse como un error de tipo negativo que deberá tratarse como un error de tipo, si es un error invencible deberá ser considerada la acción como impune, mientras que si el error es considerado como un error vencible consideramos que se da una imprudencia²². El carácter vencible o invencible de la suposición errónea se debe analizar desde una situación *ex ante*, esto se consigue observando la acción del sujeto desde una perspectiva de un espectador ideal teniendo los conocimientos que el autor tenía en el momento que realizó la acción, y realizando un juicio *ex post*²³. Con este juicio *ex post* deberemos considerar que si cualquier persona normal en las mismas circunstancias del autor y con el mismo conocimiento que este en ese mismo momento habría actuado igual que el autor. Si consideramos que sí, el error será invencible y la conducta impune, si consideramos que no, el error será vencible y la conducta se considera imprudente.²⁴

El fundamento dogmático de la necesidad de que el sujeto conozca y quiera los presupuestos objetivos de la causa de justificación no se puede ver como una necesidad de un valor subjetivo el cual compense el desvalor subjetivo de la acción típica, pues ni el desvalor subjetivo es el fundamento del injusto, ni el valor subjetivo es el fundamento de la causa de justificación²⁵. El valor o desvalor de una conducta en un Estado social y democrático de Derecho debe ser considerado desde un punto de vista objetivo, estableciendo así lo siguiente: cuando el sujeto no sabe que está actuando bajo los presupuestos objetivos de

¹⁹ *Ibidem*, p. 439.

²⁰ *Ibidem*, p. 439.

²¹ *Ibidem*, p. 439.

²² MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit. pp 438-439.

²³ *Ibidem*, p. 439.

²⁴ *Ibidem*, p. 439.

²⁵ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F. *Fundamentos del derecho penal*, 3ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020 p. 462.

una causa de justificación se debe aplicar la tentativa inidónea punible, considerando que cualquier persona en las mismas circunstancias que las del autor y teniendo los mismos conocimientos que este, habría caído también en ese error, este planteamiento es el defendido por la doctrina alemana²⁶.

3.6 El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

El art 20.7 CP establece como causa de justificación el ejercicio de un deber o de un derecho, los ejercicios de estos derechos y deberes están regulados en normas extra penales dándose así en la mayoría de ocasiones un conflicto de normas entre la ley penal que considera ilícito un determinado acto y la ley extra penal, que lo considera lícito. Para poder solucionar este conflicto deberemos atender a lo dispuesto en el artículo 20.7 del CP, el cual resolverá dando preferencia a la ley extra penal, este artículo deberá ser interpretado conforme el principio de unidad del ordenamiento jurídico y conforme el principio de última ratio del Derecho penal²⁷. Estas causas no hacen desaparecer ni la tipicidad ni la lesión del bien jurídico, por lo tanto no hacen desaparecer el daño producido pero sí hacen desaparecer la responsabilidad penal²⁸.

Considero, pues, que el sujeto que realiza una conducta típica regulada como tal en el CP pero que no será considerada antijurídica y por lo tanto no cabrá responsabilidad penal²⁹.

En el caso de que el deber o derecho sea establecido en una ley no penal posterior a la ley penal y que no sea de un rango inferior se considera que tiene preferencia la ley no penal, sin necesidad de acudir al art 20.7 CP, puesto que será considerada una *lex specialis* que deroga la ley penal³⁰. En estos casos no cabrá ninguna duda, el problema reside en las normas no penales que son posteriores e inferiores a la ley penal o las normas penales posteriores y superiores a la norma no penal especial, la doctrina en estos casos ha dado preferencia a la aplicación de la norma penal por encima de la no penal³¹. Cuando una norma penal deroga un deber o un derecho deberá manifestarlo en las disposiciones derogatorias, de lo contrario se aplicaría el artículo 20.7 CP.³²

²⁶ *Ibidem*, p. 437.

²⁷ *Ibidem*, p. 492.

²⁸ ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. “Introducción al derecho penal.....”, Op. cit., p. 167.

²⁹ MIR PUIG, S. “Derecho Penal Parte General”, Op. cit. p. 492.

³⁰ *Ibidem*, p. 492.

³¹ *Ibidem*, p. 492.

³² *Ibidem*, p. 492.

Una parte de la doctrina considera que estas causas de justificación son superfluas y piden su derogación, de modo que el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho quedarían integrados dentro del estado de necesidad establecido en el artículo 20.5 CP, de tal forma que el ejercicio de un derecho establecido en leyes extra penales quedaría incluido en el estado de necesidad por colisión de intereses y el cumplimiento de un deber justificado en normas extra penales pasará a ser parte del estado de necesidad por colisión de deberes³³. Esta idea ha sido descartada por el legislador y por lo tanto no se incluye en nuestro ordenamiento jurídico³⁴.

En lo referente al cumplimiento de un deber considero que deberá darse la existencia de un deber en concreto de lesionar un bien jurídico protegido, dándose la colisión entre este deber y el bien jurídico que se lesiona. Es difícil considerar el ejercicio de un deber en sujetos que no tengan la condición de cargo público, ya que la ley solo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos de forma justificada para los sujetos que tengan la condición de cargo público³⁵.

3.6.1 Cumplimiento de un deber por parte de un cargo público

Nuestro ordenamiento jurídico establece que las FFCCSE podrán recurrir a la violencia o a las coacciones para hacer cumplir la ley, en muchas ocasiones la forma de desempeñar dicha fuerza y sus límites están establecidos de forma clara y precisa por la ley, el problema reside pues en si la actuación las FFCCSE se asemejan a lo establecido por la ley, dándose excesos en las actuaciones de estos cuerpos³⁶.

El uso de la fuerza por parte de la autoridad encargada de la seguridad ciudadana en cualquiera de sus cuerpos como pueden ser Policía Nacional o Guardia Civil estará regulada en la LO 2/1986 de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: en dicha ley podemos encontrar el artículo 5.2c) en el que se establece los principios mediante los cuales debe actuar la autoridad: *los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance*, así mismo en esta misma ley en el artículo 5.2 d) regula las situaciones en las que es posible el uso de armas por parte de la autoridad *Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo*

³³ PÉREZ ALONSO, E.J - CÉBALLOS ESPINOSA, E.M - RAMOS TAPIAS, M.I. *Fundamentos del derecho penal parte general* (dir. ZUGALDIA ESPINAR, JM), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 320.

³⁴ PÉREZ ALONSO, E.J., et al. "Fundamentos del derecho penal...", Op. cit., p. 320.

³⁵ MIR PUIG, S. "Derecho Penal Parte General", Op. cit. pp. 496.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. "Derecho Penal Parte General", Op. cit., p. 496.

racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad atienden al mandato constitucional establecido en el artículo 104 Constitución Española (en adelante CE) siguiendo las líneas marcadas en Declaración de la Policía realizada por el Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 además del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979³⁷.

No podemos describir todas las situaciones concretas en las que sea necesario el uso de armas, debemos pues hablar de los presupuestos y principios generales que regulan el uso de la fuerza³⁸.

- Presupuesto subjetivo:

Es necesario que el sujeto que actúa en el ejercicio del cargo sea un agente o autoridad en el sentido orgánico teniendo la condición de agente o autoridad y en el sentido funcional ejerciendo el cargo en el momento en el que actúa³⁹.

- Presupuesto objetivo:

En estos presupuesto destacó los principios de proporcionalidad y de necesidad como límites al uso de la fuerza por la autoridad y sus agentes⁴⁰.

El uso de la fuerza deberá ser necesario para poder cumplir con la función que tiene la autoridad o agente, esto será un requisito esencial sin el cual no se podrá aplicar ni la eximente completa ni la incompleta⁴¹.

En el caso de que la autoridad o agente emplee el uso la fuerza frente a una agresión ilegítima debemos considerar como causa de justificación el ejercicio de un deber establecido en el artículo 20.7 CP, en estos casos en los que hay una agresión ilegítima la causa de justificación que también se aplicará será la establecida en el artículo 20.4 CP, que regula la legítima defensa, produciéndose una superposición de estas dos causas. Para solucionar esta superposición debemos entender que dentro de la acción de defensa del agente frente a la

³⁷ PÉREZ ALONSO, E.J., et al. *“Fundamentos del derecho penal...”* Op. cit., p 322.

³⁸ MIR PUIG, S. *“Derecho Penal Parte General”*, Op. cit. pp. 496.

³⁹ *Ibidem*, p. 497.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 497.

⁴¹ *Ibidem*, p. 497.

agresión del agresor, la causa de justificación empleada será la defensa propia del agente y, para hacer cumplir el derecho o la orden del agente, la causa de justificación empleada será el cumplimiento de un deber. Lo que motiva principalmente el uso de la fuerza no es la agresión ilegítima sobre la agente es la infracción de un derecho que debe ser impedida o un peligro para los demás que deberá ser atacado, un claro ejemplo de esto sería la detención de unos delincuentes peligrosos que perturban el orden público⁴².

Dentro del uso de la fuerza que procede de la autoridad podemos distinguir la necesidad en abstracto y la necesidad en concreto. Para comprender estos dos tipos de necesidad nos apoyaremos en la Sentencia Tribunal Supremo 1101/2009, de 27 de octubre según la cual la necesidad abstracta será *para el cumplimiento de un deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad sea necesario hacer uso de la violencia, porque sin el uso de la fuerza no sería posible el cumplimiento del deber*. En cuanto a la necesidad en concreto, la sentencia mencionada establece que *la violencia concreta utilizada debe ser la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio, se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad*⁴³.

La inexistencia de la necesidad en abstracto imposibilita la aplicación de la eximente completa e incompleta, mientras que por otro lado la existencia de la necesidad en abstracto en un momento en el que se emplea la fuerza en el cual no se aprecia la necesidad en concreto posibilita la aplicación de la eximente incompleta⁴⁴.

Para el uso de la fuerza no es estrictamente necesario respetar el límite establecido al estado de necesidad en el art 20.5. 1º CP: *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar* el cumplimiento del derecho y la protección a los intereses ajenos hace que el daño causado pueda ser superior al daño causado por el mal que se intenta evitar esto debe ser así para intentar imponer el Derecho por encima del injusto, se deberá excluir de esta idea las lesiones producidas de forma totalmente desproporcionada, el Tribunal Supremo en la STS de 6 de abril 1976, que consideró la eximente incompleta para un Policía Municipal que

⁴² *Ibidem*, p. 498.

⁴³ PUMPIDO TOURÓN, C.C. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ, L.R., LORENTE ACOSTA, J.A y VILACIDES AYUSO, J), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 26.

⁴⁴ PUMPIDO TOURÓN, C.C. *“Estudio multidisciplinar de la operativa....”*, Op. cit., p. 31.

disparó contra un delincuente que actuaba contra la propiedad de una forma no cuantiosa, con el objetivo de evitar la huida de este, por otro lado el Tribunal Supremo mediante la STS de 20 octubre 1980 estableció que solo cabe disparar sobre el delincuente que huye si el delito que ha cometido es de capital importancia.

En caso de que los bienes jurídicos dañados por el uso de la fuerza en el cumplimiento de un deber por parte de la policía sean derechos como pueden ser derecho a la intimidad o a la propiedad privada al domicilio serán de gran importancia los requisitos formales tales como la autorización judicial, si se cumple estos requisitos formales se dará la causa de justificación⁴⁵.

3.6.2 Límite establecido por la vulneración de derechos fundamentales (artículo 15 CE)

La prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes estará establecida no solo en el artículo 15 de la CE, se podrán encontrar también en el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales el cual establece: *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*⁴⁶.

Se dará un incumplimiento del artículo 3 del citado convenio cuando apreciemos claramente, sin ningún tipo de duda, que el demandante fue sometido a malos tratos con un mínimo de gravedad. Estas acusaciones deben ser acompañadas de los medios de prueba necesarios para probar dichos malos tratos. En sentido procesal, el artículo 3 tiene gran importancia, ya que en los casos que no se puede demostrar si se dieron los malos tratos o si no se dieron estos malos tratos y las autoridades deberán responder adecuadamente frente a la denuncia o quejas del denunciante iniciando una investigación policial para aclarar los hechos denunciados por el denunciante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera en su jurisprudencia que se incumple el artículo 3 en su aspecto procesal.⁴⁷ Por esto, los supuestos de malos tratos denunciados deben ser investigados de forma exhaustiva por el incumplimiento del 15 de la CE y del artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el caso de llegar a demostrarse que se han cometido malos tratos, las actuaciones de la autoridad que provocaron dichos malos tratos no estarán justificadas y no se podrá aplicar lo establecido en artículo 20.7 CP.⁴⁸

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 321.

⁴⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 3 de noviembre 1950.

⁴⁷ STEDH de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa.España.

⁴⁸ PUMPIDO TOURÓN, C.C. “*Estudio multidisciplinar de la operativa....*”, Op. cit., p. 31.

3.6.3 El uso ilegítimo de la fuerza para obtención de confesiones, información o como método de castigo y discriminación.

Los momentos en los cuales un agente hace un uso inadecuado de la fuerza, son doblemente intolerables, por un lado se rompe un mandato legal y por otro un mandato moral. El primero hace referencia al incumplimiento de la leyes y el segundo hace referencia al contrato moral que adquieren los policía con la sociedad⁴⁹.

Debemos decir que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y nuestro CP castigan este tipo de actuaciones, ya que la actuación de la autoridad está destinada a la única finalidad por la cual se permite el ejercicio de la violencia, que es hacer cumplir la ley y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, los agentes que realizan este tipo de actuaciones incurran en un delito de tortura sin ningún tipo de causa de justificación⁵⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha distinguido entre el artículo 174 CP y el artículo 175 CP, el artículo 174 CP no se basa en la gravedad de acciones que afectan a la dignidad de las víctimas, sino en el tipo teleológico establecido en este artículo *con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*, es decir, que si se actúa con el elemento teleológico establecido en el artículo 174 CP, será de aplicación dicho tipo penal, mientras que si no se actúa con este tipo teleológico se aplicará el tipo penal establecido en el artículo 175 CP⁵¹.

La prohibición de la tortura está además establecida en el artículo 1 de la Convención contra la tortura de 10 de diciembre de 1984, la cual establece qué se entenderá por tortura. Debemos añadir además que nuestro ordenamiento jurídico no diferencia entre tratos degradantes y tortura por su intensidad o la gravedad de las acciones, sino que estos actos se entenderán como tortura clasificados dentro del artículo 174 CP⁵². El tribunal puede considerar dos tipos de tortura o trato, siendo grave o menos grave y acordando una pena acorde con dicha gravedad *“El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es”* pero se seguirá aplicando el artículo 174 CP. De igual forma pasará en los casos en los que la acción o trato este se puedan artículo 175 CP por faltar el elemento teleológico ya mencionado,

⁴⁹ AGUSTÍN YÑIGUEZ, N. “Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía”, *Revista Cuadernos de Trabajo Social*, nº20, 2007, pp. 57-73.

⁵⁰ PUMPIDO TOURÓN, C.C. “*Estudio multidisciplinar de la operativa....*”, Op. cit., p. 32.

⁵¹ *Ibidem*, p. 33.

⁵² *Ibidem*, p. 33.

aplicándose una pena superior o inferior dependiendo si la acción es grave o no grave “*la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es*”. Por eso debemos considerar que nuestro ordenamiento jurídico no diferencia la tortura principalmente por su gravedad, sino por la finalidad que tenga esta así diferenciaremos el artículo 174 CP y 175 CP⁵³.

Debo recordar que cualquier prueba obtenida por la policía mediante violencia o coacciones, será considerada una prueba ilícita y que por lo tanto viciara su contenido incriminatorio⁵⁴.

En el ámbito internacional debo nombrar a dos organizaciones como Amnistía internacional y la Asociación para la Prevención de la Tortura, las cuales llevan años esforzándose años en sacar a la luz casos de tortura desempeñando distintas acciones relacionadas con la búsqueda de transparencia en las actuaciones policiales de los diferentes gobiernos y presionar a estos gobiernos para mejorar en este campo⁵⁵.

La tutela de la seguridad y de la integridad física del ciudadano en un Estado de Derecho, social y democrático como es España hace necesario que los abusos policiales sean reprimidos tanto en el caso de estar destinados a obtener confesiones como en el caso de ser usados como represalia o castigo. Estos tipos de comportamiento deberán ser conocidos y sancionados por los jueces, estableciéndose en el CP que cualquier atentado contra la integridad moral o física por parte de una autoridad, sé grave o no grave, será considerado como maltrato por el cargo de importancia que tiene el sujeto activo de la acción y siempre que esa acción no esté justificada por algún tipo de eximente⁵⁶.

3.7 La legítima defensa

La idea de la legítima defensa descansa en la idea de que el Derecho no puede ceder ante lo injusto y de que el ciudadano no dispone de la defensa material suficiente que el estado debería proporcionarle⁵⁷.

Como hemos visto, está claro que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actúan en el uso de la fuerza amparados en el ejercicio de un deber establecido en

⁵³ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁴ AGUSTÍN YÑIGUEZ, N “Reglas básicas de la práctica...”, Op. cit., pp. 57-73.

⁵⁵ GARCIA CÍVICO, J. *La tortura aspectos jurídicos sociales y estético culturales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 117-118.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁵⁷ ÓRTIZ NAVARRO, J.F.-DÍEZ QUINTARÁ, J.M “*Elementos del derecho penal parte general*”, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 72.

el artículo 20.7 CP, pero este uso de la fuerza dejará de estar justificado por esta causa de justificación cuando frente a las autoridades un determinado sujeto realice una agresión ilegítima. En estos casos el uso de la fuerza por parte de la autoridad o agente estará justificada por la legítima defensa establecida en el artículo 20.4 CP, siendo necesario analizar también esta causa de justificación⁵⁸.

Es decir que en los casos en los que sea una agresión ilegítima hacia un agente que está intentado hacer cumplir el derecho debemos considerar que se darán dos causas de justificación, por un lado, el ejercicio de un derecho por parte de la autoridad que intenta hacer cumplir una ley o una orden y por otro lado la legítima defensa que los propios agentes usan para defenderse y protegerse de la agresión ilegítima⁵⁹.

La estructura establecida en el artículo 20.4 del CP establece que deben concurrir tres elementos para poder ejercer la legítima defensa.

El primero de estos requisitos sería la agresión ilegítima, que según lo establecido por el Tribunal Supremo se trata de un acometimiento físico contra una persona. A pesar de intuir que es un acometimiento físico, la legítima defensa también se aplica cuando el ataque es contra bienes inmateriales como la honestidad o el honor. El CP también admite tanto la defensa de la persona como de sus derechos, es decir, la defensa de bienes inmateriales. En el caso de la defensa de bienes se entiende como una agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya un delito. En el caso de que ese bien sea la morada, se entiende como agresión la entrada indebida en ella, no entrarán en la legítima defensa los bienes supra personales como el orden público. Este requisito es un requisito fundamental de la legítima defensa sin el cual no se podrá aplicar ni la eximente completa ni la incompleta⁶⁰.

Para poder considerar una agresión como ilegítima no es necesario que esta se consume, bastará con la tentativa idónea para producir el daño. La legítima defensa se puede emplear contra el sujeto que agrede independientemente de que este sujeto sea imputable o inimputable, así como contra las agresiones que sean dolosas o imprudentes⁶¹.

La agresión ha de ser presente o actual, no se podrá considerar legítima defensa el actuar cuando la agresión ilegítima ha terminado, en cuyo caso estaríamos ante un exceso

⁵⁸ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit. p. 446.

⁵⁹ BASOCO TERRADILLOS, J.M. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ, L.R., LORENTE ACOSTA, J.A y VILACIDES AYUSO, J.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 64.

⁶⁰ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit. pp. 447-450.

⁶¹ *Ibidem*, p. 449.

intensivo que impide considerar la legítima defensa, tampoco podemos considerar que se puede dar la legítima defensa cuando se actúa antes de la agresión ilegítima, es decir, cuando se da una defensa preventiva, en estos casos se debe hacer un juicio de valor de forma objetiva para ver si el sujeto actúa con la debida creencia de que va a ser atacado (el atacante enseña un arma, o realiza gestos que dan a entender que va a disparar), en este juicio de valor se deberá emplear un doble baremo, uno objetivo que establece que cualquier persona en las mismas circunstancias también habría creído que va a ser atacada y otro subjetivo tener en cuenta las circunstancias y los conocimientos de la persona que se defiende⁶².

Es importante destacar el problema que supone la riña tumultuaria estableciendo el Tribunal Supremo que en este caso no se podrá aplicar la legítima defensa a los participantes en esta riña tumultuaria, ya que estos no tienen la voluntad de actuar para defenderse, en cualquier caso la jurisprudencia en ciertos supuestos y analizando el caso puede llegar a aplicar la legítima defensa⁶³.

Cuando hablamos de la necesidad racional del medio empleado, hacemos alusión al medio que emplea la víctima de la agresión para defenderse de esta agresión, ya que este debe ser proporcional y adecuado, se deberán tener en cuenta las circunstancias del caso, así como la edad de la víctima, del agresor y los medios empleados por la víctima como por el agresor para atacar y defenderse respectivamente, siendo incorrecto analizar solo los instrumentos empleados sin tener en cuenta las demás circunstancias que se puedan dar, como puede ser la corpulencia del agresor. Debemos distinguir, pues, el exceso extensivo que se da cuando la defensa se extiende más tiempo del que dura la agresión. En estos casos se excluye la aplicación de la legítima defensa, así como de la eximente incompleta, por otro lado con exceso intensivo hacemos referencia a la intensidad con la que se defiende la víctima, siendo esta más fuerte de lo verdaderamente necesario, en este caso se aplicaría la eximente incompleta⁶⁴.

Es necesario mencionar también el elemento subjetivo de esta causa de justificación que consiste en conocer los elementos objetivos de la situación, el sujeto tiene que saber que se da una agresión ilegítima y quiere actuar bajo esta causa de justificación⁶⁵. Esto será

⁶² MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*, Op. cit., p. 309.

⁶³ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., pp. 447- 450.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 453-454.

⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. - EVANGELIO MATA LLÍN, A. - ORTOS BERENGUER, E. - TORRES ROIG, M. *Esquemas de derecho penal parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 p.86.

compatible con el ánimo de venganza de la víctima, así lo refleja por ejemplo STS 86/2002 de 28 enero⁶⁶.

El tercero y último de los requisitos es la falta de provocación suficiente por parte de la víctima que se defiende, lo primero que podemos decir sobre este requisito es que no es fundamental, por lo que si no se da se aplica la eximente incompleta, lo segundo que podemos decir es que la provocación debe ser suficiente para hacer que el agresor actúe, esto se podrá entender de dos formas diferentes. La primera forma sería entender qué constituye una provocación, el Tribunal Supremo entiende como provocación suficiente la provocación adecuada para hacer que el agresor actúe de una determinada forma, es decir que se da una justa respuesta por parte del agresor a la provocación de la víctima, para esto se deberán analizar las circunstancias del caso, el tipo de provocación y el carácter del agresor que es provocado⁶⁷. La segunda forma de entender qué se puede considerar por provocación suficiente, podríamos decir que es la provocación que tiene como intención que el agresor actúe agrediendo a la víctima para así poder lesionar al agresor estando amparada en la legítima defensa⁶⁸. Se trata de valorar si el que se defiende ha provocado previamente la conducta del agresor⁶⁹.

Para terminar debemos hablar de la legítima defensa putativa, que se aplica cuando el sujeto cree erróneamente que actúa dándose los presupuestos objetivos de la legítima defensa. El Tribunal Supremo ha distinguido entre la defensa putativa y el exceso punitivo en la legítima defensa, la primera se dará con la idea errónea de los requisitos de la eximente, mientras que la segunda cuando sea la errónea creencia de la necesidad de defensa. El tratamiento que se le da a la defensa putativa es el del error de tipo si se considera error invencible se aplicará la eximente completa mientras que si se considera error vencible se aplicará la imprudencia como establece el Tribunal Supremo en STS 1458/2004 de 10 de diciembre⁷⁰.

3.8 La desobediencia justificada por parte de la autoridad o agente

Debemos destacar el conflicto que puede ser causado a la hora de cumplir una orden por parte de un agente cuando dicha orden proviene de un superior y es manifiestamente ilícita, antiguamente este agente que obedecía una orden ilícita quedaba

⁶⁶ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 455.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 455.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 455-457.

⁶⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. “*Esquemas de derecho penal...*”, Op. cit., p. 83.

⁷⁰ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 458.

amparado bajo la llamada obediencia debida, la cual se consideraba una causa de justificación, pero en el CP actual esta causa de justificación ha quedado eliminada. Estableciéndose que es necesario que una orden pueda dar lugar al cumplimiento de un deber y el agente o autoridad esté amparado en la causa de justificación número 7º del artículo 20 del CP si dicha orden tiene contienen los siguientes preceptos⁷¹.

- Relación jerárquica: Esta relación se da en el ámbito público y militar, se basa en la idea de la subordinación del inferior al superior, fuera de estos ámbitos no se podrá aplicar la eximente⁷².
- Competencia en concreto y abstracta: La doctrina alemana ha realizado una distinción entre competencia en concreto y competencia abstracta que ha sido acogida por la doctrina española, estableciendo que nuestro Derecho no concede a nadie la competencia en concreto para dictar órdenes que sean antijurídicas, ya que la competencia en concreto se refiere al acto de que se trata. Mientras que la competencia en abstracto hace referencia a que el acto ordenado sea la clase de actos que normalmente pueden ordenar el órgano que dicta la orden. Esta clase de competencia en abstracto será la necesaria para que la orden deba ser obedecida generando el deber de obediencia, deberá pues coincidir en el órgano que dicta la orden como en el sujeto encargado de obedecer⁷³.
- Competencia del subordinado: El subordinado deberá tener competencia para poder atender a la orden y cumplirla⁷⁴.
- Que la orden sea expresa a un sujeto y tenga las formalidades legales: Se pueden dar defectos esenciales que la legislación administrativa no considera que sean suficientes para determinar la nulidad de la orden, estos defectos no pueden afectar a la competencia en abstracto ni a las formalidades legales requeridas por el artículo 410 del CP. La falta de competencia en la orden hace que no sea posible aplicar la eximente completa ni la incompleta⁷⁵.

Dándose estos requisitos la autoridad o agente estará dentro del ejercicio de un deber y por lo tanto su conducta no se considera antijurídica. Si la orden cumple con estos requisitos y el agente o autoridad se niega a cumplir dicha orden, estará cometiendo el delito

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 325.

⁷² MIR PUIG, S. “*Derecho Penal Parte General*” Op.cit., pp. 508-509.

⁷³ *Ibidem*, pp. 508-509.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 508-509.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 508-509.

de desobediencia establecido en el artículo 410.1 del CP, a pesar de esto en el caso en el cual el agente o autoridad sí puede negarse a obedecer sin cometer el delito de desobediencia ya mencionado, esto se dará pues en el caso de que la orden dada constituya una infracción manifiesta, clara y determinante de una ley o precepto legal⁷⁶. En estos caso no habrá obligación de obedecer, y por lo tanto el subordinado no podrá alegar el cumplimiento de un deber como causas de justificación. Para entender que la orden es manifiesta, clara y determinantemente ilícita se deberá observar esta de forma objetiva por el funcionario al que se le pide que cumpla dicha orden y el cual puede apreciar en la orden la ilicitud de esta⁷⁷.

El funcionario tiene el deber de examinar la orden recibida, este deber estará limitado, ya que las órdenes dadas por un superior tienen presunción de legalidad, como es lógico este deber de examen dependerá del tipo de orden que se dé y de la infracción que pueda constituir. En este sentido, la doctrina está dividida en dos teorías a la hora entender qué tipo de contenido debe tener la orden: por un lado, la teoría de la apariencia, esta teoría se apoya en que el artículo 410.2 CP viene a excluir el deber de obediencia en las órdenes que sean manifiestas, claras y terminantemente contrarias a una ley, por otro lado tenemos la teoría de la nulidad, que tiene su fundamento en el deber de obediencia a las normas administrativas, según esta teoría sólo será vinculante la orden que genere efectos con arreglo al Derecho administrativo, este no será el caso de las órdenes nulas de pleno derecho las cuales según esta teoría podrán ser desobedecidas por el subordinado. Esta teoría es cuestionada ya que las órdenes nulas no son vinculante para el subordinado, pero sí lo serán las órdenes anulables o meramente irregulares⁷⁸. Esto hace que los actos administrativos nulos sean inválidos desde el principio, mientras que los actos anulables solo lo serán desde que son declarados nulos, este planteamiento es erróneo puesto que los actos anulables como los nulos son inválidos y la única distinción es el procedimiento de cesación para ser privado de eficacia, ambos actos son válidos hasta que sean declarados nulos⁷⁹. Esta teoría es también cuestionada por la presunción de legalidad que establece que toda orden dictada por un órgano competente y con las formalidades debidas se presumirá legítima con independencia de que posteriormente sea considerada nula. Por último, la duda del funcionario sobre la licitud de la orden dada por un superior deberá ser resuelta con consultas, en el caso de no ser posible resolver la duda se deberá obedecer la orden *in dubio pro legalitate*⁸⁰.

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 325.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 325.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 325.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 326.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 326.

4.USO ILEGÍTIMO DE LA FUERZA POR LAS FFCCSE

4.1 Concepto de uso ilegítimo de la fuerza

No existe un acuerdo absoluto sobre el concepto “uso de la fuerza”, pero el que más se identifica es “acción física emprendida para controlar el movimiento o libertad de otro individuo”⁸¹. En ocasiones, el uso de la fuerza es legítimo, es decir, cumple con los requisitos de legalidad, idoneidad, proporcionalidad y necesidad, siendo un uso de la fuerza legítimo, en otras ocasiones encontramos el requisito de legalidad, pero el uso de la fuerza no se hace conforme a los demás requisitos siendo estos los casos en los que se hace un uso inadecuado de la fuerza, es decir, es necesario emplear la fuerza, pero se hace de forma desproporcionada por error del agente o por la falta de entrenamiento de este⁸². Pero debemos distinguir, por un lado, el caso ya comentado de “uso ilegítimo de la fuerza” y de la “brutalidad policial”, puesto que este último término será empleado para los casos en el agente actúa causando graves daños físicos o psicológicos a la población civil, poniendo especial empeño en la crueldad y la intención de causar un daño. Se puede distinguir, pues, entre la violencia fruto de la conducta inadecuada de la policía (usos indebidos de la fuerza) y la violencia extralegal (brutalidad policial). Estas cuestiones sobre la “brutalidad policial” presentan gran dificultad, puesto que ni las organizaciones policiales ni los ciudadanos víctimas de esta brutalidad se ponen de acuerdo a la hora de definir y delimitar en profundidad cuando una actuación policial puede llegar a considerarse brutalidad policial, haciendo que sea difícil establecer investigaciones para conseguir reducir los casos de brutalidad⁸³.

Por último, el término “fuerza letal” podríamos decir que se trata del uso de algún tipo de herramienta que cause lesiones muy graves o la muerte siempre que el uso de estas herramientas no cumpla con los requisitos necesarios para emplearlas, en estos casos los requisitos serán más estrictos⁸⁴.

4.2 Excesos en el uso de la fuerza

⁸¹ *Ibidem*, p. 326.

⁸² LUZÓN PEÑA, D.M. “*Lecciones de derecho penal....*”, Op. cit., pp. 444-445.

⁸³ MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. “*Derecho Penal Parte General*”, Op. cit., p. 326.

⁸⁴ RODRÍGUEZ MESA, M.J. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ, L.R., LORENTE ACOSTA, J.A y VILACIDES AYUSO, J), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp 91-92.

El uso de la fuerza excesiva por parte de la policía supone la vulneración de los derechos de los ciudadanos y de la propia democracia, ya que los ciudadanos en una sociedad democrática tienen derecho a no sufrir ningún tipo de vulneración de sus derechos fundamentales que no esté totalmente justificada. Además, la violencia policial dará lugar a la pérdida del respeto y legitimidad por parte de la ciudadanía hacia la policía, el gobierno y el propio Estado⁸⁵.

En los casos en los que el cumplimiento de un deber suponga el uso de cierto grado de fuerza y el agente recurre al uso de la fuerza cuantitativamente o cualitativamente superior se produce un exceso siendo posible apreciar una eximente incompleta o dependiendo del caso no se llega a considerar posible aplicar ningún tipo de eximente⁸⁶.

La actuación policial que infringió las obligaciones que hacen referencia a “cómo actuar” no serán consideradas como cumplimiento de un deber, ya que el Estado de Derecho como sujeto que puede emplear la violencia y la fuerza mediante sus autoridades, se limita a sí mismo. De la misma manera que el Derecho procesal penal constituye un conjunto de reglas que limitan el uso lícito del *ius puniendi* en la aplicación del Derecho penal, el Derecho policial es *conditio sine qua non de legitimidad* para el recorte de derechos fundamentales en la actuación de fuerzas y cuerpos de seguridad. Podemos decir que la misma norma que posibilita el recorte de derechos fundamentales limita y establece las formas en las que las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden actuar para limitar estos derechos. Todo esto lo podemos ver establecido en la Introducción II a) párrafo cuarto de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la cual establece “*A través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía. Ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman, con carácter excluyente*”⁸⁷.

Por estos motivos el exceso en el uso de la fuerza por parte de la policía no quedará justificado en los conflictos en los que no sea necesario recurrir a esta para hacer cumplir una norma o una orden de la autoridad, siendo los casos en los cuales el comportamiento del

⁸⁵ BASOCO TERRADILLOS, J.M. “*Estudio multidisciplinar de la operativa...*”, Op. cit., p 156.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 156-157.

ciudadano resulta molesto para otros incluso para las fuerza actuante no autorizada, pero que la autoridad puede afrontar dicha situación sin recurrir a la violencia. Como se puede ver en la STS, 2ª, sec. 1ª, de 19/12/2013 [FJ 5º (Tol 4053966)], *el uso de la fuerza es manifiestamente desproporcionado y abusivo, pues no era en absoluto necesario fracturar a un ciudadano tres costillas, utilizando la defensa o porra policial, con suma fuerza y golpeando repetidamente su dorso, y los flancos del torso, para reprimir una actuación simplemente molesta, cuando la fuerza pública se encontraba en clara superioridad numérica y física, estando la víctima ya lesionada*⁸⁸.

4.2.1. Factores situacionales

Debemos comprender que la policía es más proclive a usar la fuerza frente a sujetos con menor nivel económico, que viven en zonas más marginales con altos niveles de paro y delincuencia, que frente a un sujeto con un nivel económico más grande en barrios donde la situación económica es mejor. Desde la teoría se entiende que el mayor índice de paro y menor número de estructuras sociales crea un déficit social causando que los vecinos de los barrios más pobres sean más vulnerables frente a la delincuencia, haciendo que estos barrios sean considerados “conflictivos” y que por lo tanto se tenga que usar más veces la fuerza por parte de los agentes, lo que hace más probable que se pueda dar un uso excesivo de esta⁸⁹.

4.2.2 Factores relativos a la organización

Diferentes estudios han considerado que se da relación entre el aumento del uso de la fuerza excesiva por parte de la policial y la ausencia o ineficacia de un sistema administrativo de sanciones a los agentes que realizan este tipo de fuerza, dándose la permisión por parte del Estado de estos comportamientos, además de disuadir a los agentes que actúan correctamente de denunciar a sus compañeros que actúan indebidamente⁹⁰.

4.3 Modelos de empleo de la fuerza por parte de la policía

4.3.1 Modelo de uso progresivo

El modelo del uso progresivo y diferenciado de la fuerza⁹¹ es empleado en países como Venezuela, en este modelo se establecen siete “niveles de resistencia ciudadana”, que van desde la intimidación psicológica hasta las agresiones con uso de la fuerza mortal, a cada

⁸⁸ *Ibidem*, p.158.

⁸⁹ RODRÍGUEZ MESA, M.J. “*Estudio multidisciplinar de la operativa...*”, Op. cit., p. 94.

⁹⁰ BASOCO TERRADILLOS, J.M. “*Estudio multidisciplinar de la operativa...*”, Op. cit., p. 94.

⁹¹ RODRÍGUEZ MESA, M.J. “*Estudio multidisciplinar de la operativa...*” Op. cit., p. 96.

nivel de resistencia le corresponde “siete niveles de control policial” que van desde la presencia policial hasta la fuerza letal. Este modelo de uso de la fuerza tiene como referencia la interrelación entre el ciudadano y el policía siendo necesario el encuentro entre los dos sujetos para el agente valorar cuál debe ser su reacción. Pero en la práctica este modelo se está usando en situaciones conflictivas anteriores o posteriores al encuentro valorándose no la actitud del ciudadano en ese momento sino las características o peligrosidad de este. Esto hace que la interacción entre el policía y el ciudadano se vea influenciada por factores como la resistencia o el comportamiento del ciudadano, pero también por la categoría que los policías han dado al ciudadano, haciendo que la idea de controlar la situación sea desplazada a un segundo plano y justificándose así el uso de la fuerza que podría considerarse excesiva. En este modelo, el agente se ve obligado a subir el siguiente peldaño sin responder proporcionalmente a la conducta del agresor, causando un uso excesivo de la fuerza, podemos afirmar, pues, que no es un modelo adecuado.

4.3.2 Modelo de fuerza continua

El modelo de fuerza continua o modelo de escalera, que posibilita incrementar o disminuir la fuerza en función de la actitud del agresor, este modelo es representado como una escalera en la cual cada peldaño representa los recursos que el agente puede emplear para hacer cumplir la ley o la orden a un determinado sujeto. En este caso frente a determinados tipos de comportamientos (y no de actitudes como en el modelo progresivo) con determinadas respuestas en función del tipo de resistencia del sujeto pasivo. Así la fuerza de la policía se relaciona estrechamente con la manifestada por el ciudadano y la respuesta del policía está englobada en un marco cuantitativo que le permite seleccionar un nivel superior de fuerza ejercido por el ciudadano. Las críticas a este modelo se fundamentan en una actuación artificial por parte de la policía que supone la determinación de un medio de respuesta mecánica frente a una situación tensa y difícil de predecir. En este modelo, al igual que el modelo de fuerza progresivo, el agente frente a la resistencia presentada por el infractor, actuará por delante de este aplicando una fuerza superior y no proporcional, haciendo que sea más fácil un uso de la fuerza de forma excesiva por parte del agente, vemos, pues, que no será un modelo adecuado.⁹²

4.3.3 Modelo de escala racional

⁹² *Ibidem*, p. 96.

El modelo de escala racional⁹³ es el empleado por ejemplo por el departamento de policía en Seattle, se basa en los principios de legalidad, proporcionalidad, gradualidad y oportunidad, la cantidad de fuerza que se debe emplear razonablemente depende de las circunstancias del hecho lo que implica que no se da un uso de la fuerza sino varios. El modelo está representado gráficamente con un eje de coordenadas, en el eje de abscisas se establece la fuerza progresiva en función de su menor o mayor peligrosidad. En el eje de ordenadas se establece las diferentes formas de resistencia o agresión que puede realizar el sujeto. La bisectriz de los dos ejes representará la acción de la policía de forma ascendente y descendente, estando conectadas la opción de fuerza del eje de abscisas y la actitud ciudadana del eje de coordenadas. A esto debemos añadir algunos factores como son la potencialidad física del agresor, el número de personas agrediendo, que pueden alterar la bisectriz. La cantidad de fuerza dependerá de las circunstancias del caso haciendo que no siempre se tenga que aplicar la misma. El oficial considerará las circunstancias del caso teniendo en cuenta en su razonamiento tres elementos como son el nivel de amenaza, la comunidad y la gravedad del delito. Los pilares básicos de este modelo son: el entrenamiento adecuado de los agentes, la supervisión de los superiores, y dotar a los agentes de las herramientas necesarias. Este sistema puede ser válido en los sistemas en los cuales la policía está debidamente formada.

Siendo el caso del Estado español, en el cual mediante programas de aprendizaje policial en diferentes centros de estudio y circulares, se busca que los agentes realicen un uso adecuado de la fuerza en sus actuaciones⁹⁴.

4.3.4 El modelo circular

El modelo circular usado en algunos países como Canadá representa una rueda de carro en la cual la policía está en el centro. Cada radio muestra una forma de resolver un conflicto, debiendo ser aplicado el que el policía considere más adecuado. En España será aplicado un modelo parecido basado en la necesidad y en la proporcionalidad. El primer radio se establece las fases del procedimiento con las que el agente debe actuar en función de las circunstancias, en el segundo se establecen las actitudes del ciudadano, en el tercero la opción de fuerza que tiene el agente, este tercer radio se divide en diferentes elementos; por lo que el agente debe estar bien formado para saber qué fuerza emplear en función de las circunstancias y del sujeto. Este modelo avanza en los patrones del uso de la fuerza dando

⁹³ *Ibidem*, p. 96.

⁹⁴ Instrucción 12/2007 de la secretaría de Estado de seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de los detenidos.

respuestas dinámicas y dando mayor número de respuestas para solucionar el conflicto, su eficacia depende de la formación que tengan los agentes⁹⁵.

El problema del modelo circular aplicado en Canadá se da cuando el policía no tiene formación suficiente o no conoce las herramientas que puede usar, podemos decir que será un modelo adecuado cuando dicha policía tenga una formación adecuada⁹⁶.

4.3.5 El modelo de respuesta dinámica

El último modelo es el modelo de respuesta dinámica ante la resistencia⁹⁷, es simbolizado con un triángulo en el cual los vértices representan zonas de conflicto, que pueden ser resistencia pasiva, resistencia agresiva, resistencia letal, el objetivo de este modelo es tratar al sujeto de una forma u otra dependiendo del vértice en el que se encuentre con el fin de reconducir a una zona donde colabore. Es un modelo dinámico como los dos anteriores en el que el policía reconduce al sujeto a una zona donde la conflictividad sea menor, optando el agente por la respuesta más adecuada según las circunstancias, para esto como en los anteriores modelos será necesario el adecuado entrenamiento y formación del agente.

Podemos decir que el modelo de respuesta dinámica es el más efectivo para impedir el uso de la fuerza de forma indebida, pero el agente debe tener una gran preparación para poder actuar conforme el principio de congruencia, oportunidad y racionalidad⁹⁸.

4.4 Control del uso de la fuerza

Los modelos ya explicados pueden ser más centralizados y basados en un alto nivel de control o bien pueden atender a las necesidades de la comunidad en un determinado momento, al margen del tipo de modelo la policía deberá rendir cuentas sobre las formas en las que se ejercen sus poderes. Los principales mecanismos para evitar el uso de la fuerza de forma excesiva por parte de la policía es la implantación de un sistema de rendición de cuentas, una supervisión del uso de la fuerza por los agentes, además de una transparencia e integridad que haga que los ciudadanos confíen en el sistema⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 96.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁷ BASOCO TERRADILLOS, J.M. “*Estudio multidisciplinar de la operativa...*”, Op. cit., p. 95.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 96.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 96.

La integridad se entenderá con la facultad de ser honrado y con una moral adecuada al puesto de policía. Esta se puede ver afectada por una serie de factores como es la impunidad policial o la tolerancia institucional a los abusos realizados por la policía. Por otro lado, la supervisión de la actividad policial se hace efectivo con el sistema de quejas por los abusos realizados o presuntamente realizado por un policía. Con el sistema de rendición de cuentas se establece la necesidad de justificar los actos realizados por los agentes, con este mecanismo se consigue supervisar la actuación de la policía además de mantener la integridad de estos¹⁰⁰.

4.4.1 La rendición de cuentas

Los abusos policiales pueden persistir si no se cumple un sistema verdaderamente efectivo de rendición de cuentas, lo que provoca que muchos agentes que han cometido un uso indebido de la fuerza puedan sortear el castigo y volver a abusar de su posición. La implantación de un sistema de rendición de cuentas está muy relacionado con la necesidad del Estado de respetar los derechos humanos, creando dos tipos de mecanismos, unos externos como es la propia organización de los tribunales, parlamentos; y otros internos, como son los procedimientos disciplinarios de la rendición de cuentas a los superiores y los informes a estos¹⁰¹. Uno de los mecanismos más eficaces de la rendición de cuentas son los informes sobre la fuerza empleada y el tipo, ya que permiten a los superiores realizar un control correcto y establecer estrategias válidas para la reducción del uso de la fuerza de forma excesiva¹⁰².

A nivel individual la obligatoriedad de la realización de informes cuando se ha empleado la fuerza especialmente usando armas de fuego, posibilita esclarecer si el uso de la fuerza fue adecuado dependiendo del tipo de cuerpo y sus atribuciones. Si de los informes se concluye que hay un uso de la fuerza por parte de algún agente superior a la media de los demás agentes que están en el mismo cuerpo y con las mismas funciones, se procederá a realizar diferentes tareas de intervención para evitar el empleo de la fuerza de forma inadecuada, estas tareas pueden consistir en formaciones o mayor entrenamiento. Si de algún informe se concluye que no se daban los factores que legitiman el uso de la fuerza se dará traslado a los órganos disciplinarios. A nivel organizativo la creación de informes ayuda a detectar áreas en las que sea preciso una mayor formación de los agentes o la revisión de los protocolos de

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰¹ RUIZ RODRIGUEZ, L.R. *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 135-137.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 134-135.

actuación. Otro de los beneficios del sistema de rendición de cuentas mediante informes es el aumento de las capacidades técnicas de los agentes, además de mejorar su imagen pública y la legitimidad de los agentes¹⁰³.

4.4.2 La supervisión efectiva

La supervisión es la vigilancia grupal o individual, en lo que respecta a la policía y su independiente lo fundamental del modelo empleado es la independencia del que realiza esta supervisión además de no sufrir presiones ni internas ni externas como pueden ser políticas o el propio corporativismo dentro de la policía, otro de los factores que puede dificultar la supervisión es el silencio entre compañeros, estableciéndose en el grupo un sistema de valores en la forma de actuar los miembros del grupo seguirán ese sistema de valores, de tal forma que cuando algún miembro del grupo es cuestionado por el empleo de la fuerza realizado, recibirá el apoyo de los demás compañeros aunque no haya actuado debidamente, y siempre que no actúe fuera de los valores establecidos por el grupo¹⁰⁴. Las consecuencias de esto es que el sistema de supervisión puede perder efectividad especialmente en los casos en los que se hace uso de armas de fuego o supuestos de brutalidad policial¹⁰⁵.

Se puede hablar también de cinco formas de control para mejorar las actuaciones de la policía que no tienen porque afectar al control directo de los agentes, la primera sería el cumplimiento de las normas por los agentes de grado superior¹⁰⁶. La segunda sería la cantidad de recursos humanos y materiales empleados en las actividades. La tercera sería el control y reciclaje interno de los miembros de la policía. La última forma de control hace referencia a la distribución de tareas y obligaciones dentro del grupo.

4.4.3 Integridad y transparencia

Lo contrario a la integridad y transparencia del sistema sería la corrupción. Los autores Klockars e Ivkovic¹⁰⁷, son los creadores de un sistema el cual se basa en cuatro dimensiones las cuales se componen de reglas de organización del trabajo, mecanismos de prevención y control, reglas del silencio y expectativas de la ciudadanía, la implicación de

¹⁰³ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. “*La formación policial como clave de ...*”, Op. cit. pp. 134-135.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 135-136.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 135-136.

¹⁰⁶ AGUSTÍN YÑIGUEZ, N. “*Reglas básicas de la práctico...*”, Op. cit., pp. 57-73.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 137.

estas cuatro dimensiones en los cuerpos policiales ha demostrado estar por encima de los factores individuales.

Las investigaciones realizadas por Klockars e Ivkvic ponen de manifiesto, que la integridad de los agentes es fundamental para evitar la brutalidad policial, también debemos destacar que las organizaciones policiales más íntegras tienen una serie de características comunes como pueden ser, cumplimiento de normas oficiales, mecanismos eficaces de detección, investigación y responsabilidad, reducción de reglas de silencio, menor tolerancia a la brutalidad policial por el grupo¹⁰⁸.

4.4.4 Recomendaciones para una intervención policial menos lesiva

Podemos considerar que es necesario la implantación de una política pública con tres pilares fundamentales, los cuales son la regulación normativa, el equipamiento y el entrenamiento: La regulación normativa significa la implementación de normas claras y transparentes en el uso de la fuerza por parte de los agentes respetando cierto margen de análisis de cada caso a los jueces. En este sentido en el ámbito penal podemos argumentar la introducción de normas cada vez más cerradas reduciendo la libertad de decisión de los jueces y convirtiéndolos en meros instrumentos¹⁰⁹.

Es necesario también el sistema de responsabilidad policial basado en el mecanismo de investigación e independencia. En el entrenamiento se deben usar tecnología que sustituya las armas de fuego. Para terminar debemos considerar la implantación de herramientas no letales, para prevenir el uso excesivo de la fuerza¹¹⁰.

4.5 Los estándares internacionales en el uso de la fuerza de forma y legitimidad

Cuando hablamos de los estándares internacionales con relación al uso de la fuerza por la policía debemos hablar de dos normativas en concreto que afectan a España, una de aplicación a nivel internacional y otra de aplicación a nivel europeo.

4.5.1 Asamblea General de Naciones Unidas “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, diciembre de 1979”

En la elaboración de este código intervinieron especialistas en Derecho penal, expertos en derechos humanos y policías. Las bases de este código podríamos decir que son

¹⁰⁸ *Ibidem*.p, 137.

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., Editorial Tirant lo Blanch Valencia 2013, p.705.

¹¹⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. “La formación policial como clave de ...”, Op. cit.pp, 138.

tres, la necesidad de hacer cumplir la ley, el respeto a los derechos humanos y la lucha contra la corrupción. Este código tiene el objetivo de hacer respetar la dignidad humana por parte de la policía en el ejercicio de sus funciones, así como hacer cumplir lo establecido en el propio código e informar a los órganos competentes cuando consideren que no se ha cumplido lo establecido en el código¹¹¹.

El artículo 3 del Código dispone lo siguiente: *Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.* Este artículo hace referencia a la posibilidad de usar la fuerza por parte de los funcionarios de forma proporcional, en la prevención de delitos, hacer cumplir la ley o la detención de delincuentes, en el ámbito nacional este el uso de la fuerza se verá más restringido por la aplicación del principio de proporcionalidad establecido. Por último, en cuanto a uso de las armas de fuego se debe evitar su uso, solo se deberá emplear estas cuando el delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro la vida o la integridad del funcionario o de terceras personas y no sea posible reducirlo de otra forma. En caso de usar un arma de fuego se debe informar inmediatamente a las autoridades competentes¹¹².

Con el objetivo de conseguir el desarrollo del artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Naciones Unidas adoptó en 1990 los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” para dar apoyo a los estados miembros de la unión en el correcto funcionamiento de las funciones desempeñadas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹¹³.

De estos principios deberemos destacar dos, el principio 12 que hace referencia a la dispersión de reuniones y manifestaciones *Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14*, el principio 13 el cual hace referencia a la forma de dispersar manifestaciones no lícita pero no violentas, evitando usar la violencia si es posible y

¹¹¹ *Ibidem*.p, 116.

¹¹² Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.Comentarios oficiales del artículo 2.<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>.

¹¹³ RUIZ RODRIGUEZ,L.R. “*La formación policial como clave de ...*”, Op. cit.p 118.

el principio 14 el cual hace referencia a cómo emplear la fuerza en manifestaciones violentas no lícitas¹¹⁴.

Debemos destacar el artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley el cual establece que *Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. En este artículo la prohibición de la tortura, tratos degradantes o inhumanos tiene su origen en la Declaración sobre la protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas, el término “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” no ha sido definido por la Asamblea de forma profunda, por eso deberá ser entendido de la forma más amplia¹¹⁵.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTUACIONES POLICIALES

La actuación de los agentes de policía puede generar responsabilidad civil tanto en las intervenciones policiales propias del ejercicio del cargo, como en las actuaciones que nada tengan que ver con la realización de un servicio público. Si el daño fue causado en intervenciones policiales propias del cargo y se da una extralimitación del agente el damnificado puede reclamar la compensación de dicho daño mediante un procedimiento administrativo, en el caso de que no obtenga la satisfacción de sus pretensiones puede acudir a la vía judicial mediante la jurisdicción contenciosa administrativa. Si la administración reconoce el daño causado por agente procederá a reparar dicho daño al perjudicado y posteriormente se dirigirá contra el agente de policía para exigirle a este la responsabilidad si puede demostrarse que este actuó con dolo o culpa¹¹⁶.

Si el daño fue causado en intervenciones policiales propias del cargo y se da una extralimitación de los agentes tipificada penalmente, el damnificado además de la vía administrativa ya comentada puede recurrir a la acción penal contra el agente así mismo el

¹¹⁴ Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>.

¹¹⁵ Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Comentarios oficiales del artículo 5. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>.

¹¹⁶ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ, L.R., LORENTE ACOSTA, J.A y VILACIDES AYUSO, J), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 78.

Ministerio fiscal puede actuar de oficio contra el agente mediante la vía penal, en estos casos la jurisdicción penal deberá decidir tanto la responsabilidad penal como la civil del agente y la responsabilidad civil subsidiaria de la administración, tanto si la sentencia es absolutoria o condenatoria en lo que respecta la responsabilidad penal, pudiendo darse casos donde se absuelve penalmente al agente pero se le condena civilmente¹¹⁷. Ahora si el perjudicado frente a la jurisdicción penal solo reclama la posible responsabilidad penal del agente el tribunal decidirá solo acerca de esto con una condena absolutoria o condenatoria, quedando reservada la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil frente a la jurisdicción civil independientemente de la sentencia obtenida en la jurisdicción penal, en estos casos la normativa aplicable en la jurisdicción civil será la contenida en el CP¹¹⁸.

Si el daño fue causado por un agente sin estar cumpliendo con un servicio público, el perjudicado puede acudir a la jurisdicción civil contra el agente, pero no podrá ejercer ninguna acción contra la administración pública aplicándose la normativa establecida en el Código Civil. En el caso de que el daño causado por el agente sea mediante una acción tipificada penalmente el damnificado podrá acudir a jurisdicción penal y reclamar la responsabilidad penal y civil del agente, asimismo podrá reservar la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil en la jurisdicción civil. En los casos en los cuales el agente actúa fuera de la realización de un servicio público se puede tener la idea de no ser posible la reclamación de responsabilidad de forma subsidiaria a la administración, esta idea ha sido matizada por la jurisprudencia en los casos en los que el daño se produce por un arma reglamentaria, en estos casos la administración sí deberá responder del daño producido, ya que el artículo 5.4 LO 2/1986 de cuerpos y fuerzas de seguridad del estado establece el principio de dedicación permanente el cual se basa en lo siguiente: *Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana* haciendo que los agentes puedan tener armas reglamentarias fuera de servicio y, por lo tanto la administración pública se deberá responsabilizar del uso que le den a este agente fuera del horario de servicio. Esta regla general parece tener la siguiente excepción cuando el uso del arma se ha dado fuera de algún tipo de servicio por parte del agente y en el ámbito doméstico en estos casos a la Administración Pública no responderá de los daños causados por el agente, la justificación de dicha excepción consiste en la idea de que los daños producidos por el arma reglamentaria no pueden ser tratados de forma diferente a los que se habrían cometido por

¹¹⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. “Estudio multidisciplinar de la operativa...” Op. cit., p. 78.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 78.

cualquier otra arma. Por otro lado no se tendrá en cuenta la responsabilidad de la Administración cuando el agente cause algún daño en una intervención ajena al servicio público y en la cual use un arma diferente a la reglamentaria, en cambio sí responderá si la Administración no actúa para retirar el permiso de armas o el arma reglamentaria cuando se den motivos fundamentados para aplicar este tipo de sanción sobre el agente. De igual forma y según el mismo precepto será responsable la Administración Pública cuando el agente se extralimite en su actuación usando un arma diferente a la reglamentaria.

Finalmente, los agentes y la Administración no responderán ni civil ni penalmente en los casos en lo que los daños causados son fruto de actuaciones que cumplen con los principios que rigen este tipo de intervenciones, que son los de adecuación necesidad y proporcionalidad y lo establecido en el artículo 4.1 de LO 4/2015 de Seguridad ciudadana *“El ejercicio de las potestades y facultades reconocidas por esta Ley a las administraciones públicas y, específicamente, a las autoridades y demás órganos competentes en materia de seguridad ciudadana y a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se regirá por los principios de legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y responsabilidad, y se someterá al control administrativo y jurisdiccional”* además de lo establecido en el artículo 5 de LO 2/1986.

6. ESPAÑA Y LA TORTURA EN DEPENDENCIAS POLICIALES

6.1 La definición de tortura

La prohibición de la tortura, de los tratos inhumanos y degradantes está establecida, en diversos textos jurídicos establecidos para proteger los derechos humanos como pueden ser Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH), Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 los Convenios de Ginebra de 1949, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

Para entender qué podemos definir como tortura y tratos inhumanos o degradantes tendremos que acudir a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (En adelante TEDH) el cual se apoya en la Convención de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes de 1984¹¹⁹, para establecer la

¹¹⁹STEDH Akkoc# c. Turquía , 10 de octubre de 2000, pár. 115; Salman c. Turquía , 27 de junio de 2000, pár. 11

diferencia entre tortura y tratos inhumanos o degradantes⁴⁹. Entendiendo la tortura como un acto realizado intencionadamente con un objetivo concreto como puede ser obtener una confesión información, infligiendo dolor o sufrimiento severo. Los elementos que componen la tortura son infligir un daño o sufrimiento de forma severa ya sea físico o psicológico, y que estos actos sean con la intención de obtener una confesión o información¹²⁰.

6. 2 El TEDH y las condenas a España por vulneración del CEDH

El TEDH ha condenado en 9 ocasiones al gobierno español por el incumplimiento de artículo 3 CEDH el cual establece *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*, para comprender ese artículo deberemos hablar de las dos vertientes que se dan en él una vertiente material o sustantiva y una vertiente procesal¹²¹.

6.2.1 Vertiente material del artículo 3 CEDH

En esta vertiente se establece la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, esta prohibición ha sido considerada parte del núcleo duro de los derechos reconocidos en la Unión Europea, sin poder ser restringidos de ninguna manera. Para que un estado sea condenado por infringir esta vertiente material del ya citado artículo será necesario probar estos malos tratos más allá de toda duda razonable, aunque las pruebas se pueden basar en indicio o presunciones sin tener que ser suficientemente graves o precisas¹²².

6.2.2 Vertiente procedimental o procesal del artículo 3 CEDH.

En esta vertiente se establece la obligación por parte de los estados de investigar de forma eficaz las denuncias realizadas sobre la tortura, tratos inhumanos o degradantes a manos de la policía, es aquí donde España ha recibido el mayor número de condenas.¹²³

Estas dos vertientes son independientes y autónomas lo que supone que el TEDH pueda condenar a un estado por incumplir el artículo 3 CEDH en su vertiente material o procesal, ya sea porque los agentes realizan actos considerados como tortura, malos tratos o tratos inhumanos, o por otro lado porque el estado no ha investigado estos actos lo suficiente¹²⁴.

¹²⁰ MONTESINOS PÁDILLA, C. “¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº67, 2018, pp. 117-137.

¹²¹ FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA “España ante la tortura y los malos tratos informe fundación abogacía”, Fundación Abogacía Española, 2016, pp. 1-25.

¹²² *Ibidem*, pp. 1-25.

¹²³ *Ibidem*, pp. 1-25.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 1-25.

6.3 Contexto en el cual se incumple el artículo 3 CEDH

Debemos destacar que la mayoría de las veces que se incumple el artículo 3 CEDH son por casos en los que las personas son privadas de libertad, en estos casos el punto de partida para determinar si se ha producido algún maltrato es determinar si se ha empleado la fuerza de forma indebida o de forma excesiva. La relación que guarda la legítima defensa con el CEDH es que el propio convenio regula solo los deberes de los órganos estatales es decir que afectaría al cumplimiento de un deber ejercicio de un cargo y no a la legítima defensa de los particulares.¹²⁵ Si un sujeto muestra signo de haber recibido algún tipo de tortura después de estar privado de libertad se invertirá la carga de la prueba y será los agentes que custodiaron a dicho sujeto los que deberán demostrar que no se aplicó la fuerza sobre el sujeto y si se aplicó, que fue la necesaria, de modo que si el sujeto se encontraba en una situación de buena salud antes de ser privado de libertad y cuando es puesto en libertad padece algún tipo de enfermedad o lesión, los agentes deberán dar las explicaciones que sean necesarias y de igual forma las autoridades están obligadas a conservar un registro de la detención¹²⁶.

La relación que guarda la legítima defensa con el CEDH es que el propio convenio regula sólo los deberes de los órganos estatales es decir que afectaría al cumplimiento de un deber ejercicio de un cargo y no a la legítima defensa de los particulares.

6.4 Obligación de investigar las denuncias sobre malos tratos, tratos inhumanos o degradantes

La simple sospecha, duda o alegaciones de la vulneración del artículo 3 CEDH creará la obligación del estado de investigar de forma eficiente los posibles malos tratos, tratos degradantes o inhumanos, esta obligación también es establecida a nivel internacional así lo establece el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, en el artículo 2.1 el cual establece lo siguiente *Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción*¹²⁷. Así como el artículo 6.2 el cual contiene lo

¹²⁵ LUZÓN PEÑA, D.M. “Lecciones de derecho penal....”, Op. cit., pp. 476.

¹²⁶ FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA. “España ante la tortura y los malos.....”, Op. cit., pp. 1-25.

¹²⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 3. noviembre 1950.

siguiente “*Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos*”¹²⁸.

El TEDH ha delimitado los requisitos que debe cumplir cualquier investigación para que esta sea eficaz, estableciendo que el denunciante debe tener acceso al procedimiento de la investigación y que esta debe hacerse de forma inmediata y con la debida diligencia¹²⁹: La competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad pueden ser los criterios necesarios para una investigación en la cual se intenta saber si se ha incumplido el artículo 3 del CEDH, las personas que se encarguen de esta investigación deben ser imparciales además de capaces de identificar y sancionar al responsable de los malos tratos. Las autoridades encargadas de la investigación no deben omitir la realización de interrogatorios, ni dejar de tomar declaración a los que son investigados, de igual forma deberán garantizar el tratamiento adecuado a la documentación para localizar contradicciones y obtener información. No se deben permitir las demoras innecesarias a la hora de analizar la prueba, y no se deberá permitir ningún trato de favor a los presuntos autores.

Normalmente el TEDH no condena a los estados por la vulneración de la vertiente material del artículo 3 del CEDH, pero sí que lo hace por la vulneración de la vertiente procesal de dicho artículo, es decir de la falta de investigación de forma debida de los presuntos malos tratos, en esta línea se encuentra la mayoría de las condenas el estado español¹³⁰.

6.5 Condenas por incumplimiento del artículo 3 CEDH

6.5.1 Caso Martínez Salas y otros (2004/65)

Los 15 detenidos presentaron una demanda conjunta en la que declararon haber sufrido malos tratos, tratos inhumanos y degradantes por parte de los agentes de la guardia civil en Cataluña lugar de la detención y en la Dirección general de la Guardia Civil en Madrid, además declararon que los sumarios presentados por las autoridades internas no fueron efectivos haciendo que no se puedan esclarecer lo sucedido. El TEDH después de examinar las demandas de los 15 demandantes comprobando que las investigaciones realizadas por los agentes internos se limitaban a un informe médico forense en el cual

¹²⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 6.2 de noviembre 1950.

¹²⁹ MONTESINOS PADILLA, C. “*¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas...*”, Op. cit., p. 117-137.

¹³⁰ *Ibidem*, pp.117-137.

explicara donde se realizaron los exámenes médicos, además de un informe médico individual de cada demandante realizado por el mismo médico forense. El juzgado de instrucción 22 de Madrid después de analizar los informes ya citados resolvió el caso considerando que no había suficientes elementos para probar lo dicho por los demandantes además concluyó el sobreseimiento del procedimiento, ya que no se podía identificar a los agentes que presuntamente realizaron los hechos descritos por los demandantes, a pesar de ser identificados en la demanda interpuesta por los demandantes. El TEDH lamentó que las autoridades encargadas de la investigación no interrogaran a los agentes encargados del traslado de los demandantes desde Barcelona a Madrid. Los demandantes decidieron pues presentar un recurso frente a la Audiencia provincial la cual rechazó las peticiones de los demandantes de incorporar al sumario de las piezas del sumario seguido ante la audiencia nacional, el TEDH constató la negativa de las autoridades a las peticiones de pruebas presentadas por el demandante haciendo que no se puedan esclarecer los hechos. Por todo esto el TEDH consideró que se dio la vulneración del artículo 3 CEDH por la ausencia de investigación de forma profunda de los hechos sobre las alegaciones realizadas por los demandantes¹³¹.

6.5.2 Casos San Argimiro Isasa (28 de septiembre de 2010, demanda no 2507/07), Otamendi Egiguren(12 de diciembre de 2012, demanda no 47303/08) y Beristain Ukar (8 de marzo de 2011)

Los 3 sujetos manifestaron en sus respectivas demandas ser víctimas de malos tratos por parte de los agentes durante sus detenciones en Madrid, y se quejan de la falta de las investigaciones adecuadas tras denunciar los hechos, ya que el caso fue sobreseído¹³².

Apreciaciones del TEDH, sobre las investigaciones efectuadas con San Argimiro Isasa, el TEDH certificó que las investigaciones realizadas se limitaban a la declaración del demandante y la petición de aclaración del informe médico presentado en el cual se establecía que el demandante había sufrido la rotura de una costilla, estas investigaciones insuficientes fueron realizadas por el juzgado de instrucción nº 43 de Madrid. Basándose en el informe médico ya citado y diversos informes médicos individuales realizados durante la detención, los tribunales encargados de conocer esta demanda, concluyeron que no había pruebas

¹³¹ FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA. “España ante la tortura y los malos.....”, Op. cit., pp 1-25.

¹³² *Ibidem*, pp. 1-25.

suficientes para establecer la duda más allá de la duda razonable de que el demandante sufriera malos tratos, el TEDH establecido que la imposibilidad de establecer la duda más allá de lo razonable era por la ausencia de investigación profunda y efectiva¹³³.

En el caso de Otamendi Egiguren, el TEDH pudo certificar cómo el Juez de Instrucción nº6 de la Audiencia Nacional no realizó ninguna investigación frente la demanda de malos tratos, además la Jueza de Instrucción nº5, que tenía conocimiento de la demanda interpuesta por el demanda, solo examinó los informes médicos y oyó la declaración del demandante. El demandante pidió en los recursos de reforma y apelación ser oído en persona él, los agentes implicados y sus compañeros de celda, sin embargo, estas peticiones no fueron consideradas por la Jueza de Instrucción nº5¹³⁴.

En el caso del particular Beristain Ukar, en este caso el TEDH puedo constatar cómo el Juez central de instrucción de la Audiencia Nacional no actuó frente a los malos tratos alegados por el demandante. Según el TEDH el juez llegó a tener conocimiento de la demanda presentada por el demandante por un posible caso de malos tratos, la actuación del juez se limitó a excluir el informe médico forense, tampoco permitió la declaración de médico de dicho informe y de los miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en el periodo de detención del demandante¹³⁵.

6.5.3 Casos Etxebarria Caballero (7 de octubre de 2014, demanda no 74016) y Ataun Rojo (7 de octubre de 2014, demanda no 3344/13)

Los dos sujetos demandantes alegaron el incumplimiento del artículo 3 del CEDH por la falta de investigación respecto los presuntos malos tratos sufridos, bajo custodia de la policía en custodia incomunicada. El TEDH apreció en el caso de Etxebarria que la Jueza de instrucción 1 de Bilbao se limitó a examinar los informes médicos forenses y las copias de las aclaraciones de estos, el TEDH constató que habían sido rechazadas las solicitudes del demandante que consistían en recabar las grabaciones de las cámaras de seguridad de las dependencias policiales donde fueron recluidos, recibir en audiencia a los guardias civiles encargados de la custodia de los demandantes, recibir en audiencia a los médicos forenses, ser oído personalmente por el juez y ser sometido a un examen físico, psíquico y de un ginecólogo. El TEDH apreció en el caso de Atún Rojo que el juez de Instrucción nº 4 de Pamplona sobreseyó provisionalmente el procesamiento fundándose solo en los informes

¹³³ *Ibidem*, pp. 1-25.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 1-25.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 1-25.

médicos forenses y en las copias de las declaraciones hechas por el demandante durante la detención incomunicada, el TEDH constato también que habían sido rechazadas las solicitudes de la parte demandante que consistían en recabar las grabaciones de las cámaras de las dependencias policiales, recibir en audiencia a los agentes de policía y ser sometido a reconocimiento médico¹³⁶.

En estos casos es necesario mencionar la instrucción 12/2007 de la secretaría de Estado de seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, en dicha instrucción en su disposición séptima podemos ver como se hace mención al uso de la fuerza por las FFCCSE en la detenciones, estableciendo que será posible el uso de esta fuerza cuando *exista un riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas*, se nombra además que ese uso de la fuerza debe ser respetando los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad. Con esto se puede ver que en estos casos comentados no sólo se incumple el artículo 3 CEDH, sino que además se incumple las propias instrucciones internas del estado dadas a las FFCCSE¹³⁷.

CONCLUSIONES

Debemos reconocer que España es un Estado, social democrático y de Derecho, que además garantiza los derechos del ciudadano y de los detenidos, en dicho Estado el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, estará legitimado en las instituciones que componen dicho estado que son formadas democráticamente y las cuales tienen el reconocimiento de los ciudadanos mediante las elecciones, de tal manera que el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estará justificado

A pesar de estar justificado este uso de la fuerza, debemos reconocer que suponen una vulneración de los derechos del ciudadano por parte del estado, y como es lógico para evitar los abusos por parte de estas fuerzas o del propio estado, el uso de la fuerza estará limitado por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad garantizando de este modo los derechos de los ciudadanos.

¹³⁶ *Ibidem*. pp 1-25.

¹³⁷ Instrucción 12/2007 de la secretaría de Estado de seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de los detenidos.

En el caso de emplear el uso de la fuerza sin que se den los principios ya mencionados, este uso de la fuerza será indebido y no estará justificado debiendo responder el agente o la autoridad que realizó este uso de la fuerza, pudiendo responder tanto penal como civilmente. A pesar de que España es un Estado social Democrático y de Derecho, que además garantiza los derechos del ciudadano y de los detenidos, tenemos que destacar las numerosas sanciones interpuestas a España por el TEDH, debido a la falta de investigación de los posibles malos tratos sufridos por personas detenidas en dependencias policiales. En la mayoría de ocasiones el TEDH no ha condenado al Estado Español por participar en la tortura de personas detenidas por parte de la policía, pero sí debemos decir que ha condenado al Estado Español por no investigar las denuncias sobre malos tratos o tratos degradantes sufridos por los detenidos en instancias policiales, consideramos pues que esto es un déficit democrático que el Estado Español debe solventar.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍN Y ÑIGUEZ,N. “Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía”, *Revista Cuadernos de Trabajo Social*, nº20,2007.

BASOCO TERRADILLOS,J.M. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ,LR., LORENTE ACOSTA.,JA y VILACIDES AYUSO.,J), Editorial Tirant lo Blanch,Valencia, 2016.

FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA. “España ante la tortura y los malos tratos informe fundación abogacía”, Fundación Abogacía Española,2016,pp 1-25

GARCÍA CÍVICO,J. *La tortura aspectos juridicos sociales y estetico culturales*, Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2019.

GAVIDIA SÁNCHEZ,J. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ,L.R., LORENTE ACOSTA,J.A. y VILACIDES AYUSO,J.), Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2016.

GONZÁLEZ CUSSAC,J-EVANGELIO MATA LLÍN.A-ORTS BERENGUER,E-TORRES ROIG,M. *Esquemas de derecho penal parte general*, Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2010.

HOUGH, M/JACKSON, J., BRADFORD, B., “¿De qué depende la legitimidad de la policía? Resultados de una investigación Europea”, *InDret* 4/2013,pp 1-27.

LUZÓN PEÑA,D.M. *Lecciones de derecho penal parte general*, 3ª ed, Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2016.

MONTESINOS PADILLA,C. “¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº67,2018.

MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho penal.Parte General*, Editorial Dykinson S.L.,Madrid,2018.

MUÑOZ CONDE,F.-GARCÍA ARÁN,M. *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed.,Editorial Tirant lo Blanc,Valencia,2015.

MUÑOZ CONDE,F. *Derecho penal.Parte Especial*,19ª ed, Editorial Tirant lo Blanch Valencia,2013.

ÓRTIZ NAVARRO,J.F. - DÍEZ QUINTARA,J.M. *Elementos del derecho penal parte general*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia,2015.

ORTS BERENGUER,E-GONZÁLEZ CUSSAC,J. *Introducción al derecho penal parte general*, Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2020.

PUMPIDO TOURÓN,C.C. *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial* (coord. RODRÍGUEZ RUIZ,L.R., LORENTE ACOSTA,J.A. y VILACIDES AYUSO,J.), Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2016.

PÉREZ ALONSO, E.J-CEBALLOS ESPINOSA,E.M-RAMOS TAPIAS,M.I. *Fundamentos del derecho penal parte general* (dir. ZUGALDIA ESPINAR, J.M.), Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2019.

RUIZ RODRÍGUEZ,L.R. *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia,2017.

TURRADO VIDAL, M. *La Policía en la Historia Contemporánea de España 1766-1986*, Editorial Dykinson S.L,Madrid, 2020.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ,F. *Fundamentos del derecho penal*, 3ªed., Editorial Tirant lo Blanch,Valencia,2020.

JURISPRUDENCIA

STS 1.101/2009 de 27 de octubre.

STS 86/2002 de 28 enero.

STS 1458/2004 de 10 de diciembre.

STEDH Asunto Martinez Salas y otros C. España 2 de Noviembre 2004

STEDH Casos San Argimiro Isasa (28 de septiembre de 2010, demanda no 2507/07), Otamendi Egiguren(12 de diciembre de 2012, demanda no 47303/08) y Beristain Ukar (8 de marzo de 2011)

STEDH Casos Etxebarria Caballero (7 de octubre de 2014, demanda no 74016) y Ataun Rojo (7 de octubre de 2014, demanda no 3344/13)

LEGISLACIÓN

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

Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad ciudadana.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Instrucción 12/2007 de la secretaría de Estado de seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de los detenidos.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.