

# Tirar a matar en cumplimiento de un deber

## Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial \*

Ivó Coca Vila

*Becario postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt. Universidad de Friburgo*

---

COCA VILA, Ivó. Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-24, pp. 1-41. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-24.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-24 (2017), 16 dic]

RESUMEN: Que un agente de policía puede recurrir al uso de la fuerza de forma justificada resulta incontrovertido. Ahora bien, ¿está jurídicamente obligado a ello? ¿en qué medida es responsable en caso de omitir una conducta salvadora lesiva? ¿puede un ordenamiento penal imponer legítimamente un deber de protección cuyo cumplimiento exija en el caso concreto acabar con la vida de un ciudadano? A dar respuesta a estas tres preguntas se consagra el presente trabajo. Para ello, se analiza en primer lugar el fundamento y los límites de los deberes de protección de los agentes de policía en el ordenamiento español. Acto seguido se aborda el problema de la naturaleza jurídico-penal del deber que obliga a los agentes de policía a proteger a los particulares frente a hechos antijurídicos: ¿se trata éste de un deber de garante o de un mero deber de solidaridad (arts. 412.3 y 450 CP)? El presente artículo concluye examinando la legitimidad de un deber de protección policial que requiere en el caso concreto un uso letal de la fuerza (“disparo final salvador”).

PALABRAS CLAVE: Cumplimiento de un deber; deber positivo de protección; Derecho de policía;

peligro; seguridad ciudadana; comisión por omisión; omisión de gravedad intermedia; denegación de auxilio; infracción del deber de impedir delitos; “disparo final salvador”.

ABSTRACT: While it is undisputed that a police officer can resort to the use of force to accomplish lawful objectives, the question remains: is he obliged to do so? To what extent is the police officer criminally liable if by refusing to use force he fails to prevent a crime? Can a criminal law system legitimately impose a duty of protection whose compliance may require, in an extreme situation, the killing of a citizen? This paper aims to answer these three questions. To this end, I first examine the rationale and limits of the protection duties of police officers in the Spanish legal system. Next, I address the problem of the legal-criminal nature of the police officer's duty to protect individuals against crimes: is it a duty of guarantor or a mere duty to carry out so-called "easy rescues" (Arts. 412.3 and 450 CP)? The paper concludes by examining the legitimacy of a duty to protect which may require the use of lethal force.

KEYWORDS: Fulfillment of the duty; positive duty to protect/prevent; police law; citizen security; commission by omission; intermediate omission; failure to provide aid; breach of the duty to prevent the commission of a crime; use of deadly force; shoot to kill.

Fecha de publicación: 16 diciembre 2017

*SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Acerca del fundamento y los límites de los deberes de coacción jurídica de los agentes de policía. 2.1. El deber positivo estatal de protección como fundamento de los deberes de coacción jurídica de los agentes de policía; 2.2. La determinación de los deberes policiales de evitación del delito a través de la coacción jurídica. 3. Sobre la naturaleza jurídico-penal de los deberes policiales de evitación del delito. 3.1. Breve examen del estado de la discusión en la doctrina alemana y española; 3.2. El deber policial de impedir delitos como un deber de competencia preferente. 4. Sobre la legitimidad del deber de tirar a matar de los agentes de policía. 5. Conclusiones.*

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de mi investigación postdoctoral como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo. Éste se integra asimismo en la ejecución del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa”. Referencia: DER2013-41252-P.

## 1. Planteamiento del problema

El agente de policía que, a falta de otro medio eficaz menos lesivo, evita que el agresor acabe con la vida de su ex mujer disparando mortalmente al maltratador actúa conforme a Derecho. Lo mismo habrá de afirmarse respecto del disparo letal que un agente de policía de un cuerpo de operaciones especiales efectúa para evitar que el secuestrador que apunta con su arma a la sien del rehén acabe con su vida. E igualmente habrá de valorarse el disparo del agente de policía que logra evitar —en el último instante— que un terrorista se inmole en una concurrida plaza segando la vida de decenas de personas. Estos tres supuestos encierran situaciones de conflicto (entre vidas humanas) en las que una misma acción, disparar mortalmente a un sujeto, presenta una naturaleza bifronte (*actio dúplex*):<sup>1</sup> el disparo supone acabar con una vida al mismo tiempo que evita la pérdida de otra. Tales conflictos no admiten soluciones intermedias: o bien el agente de policía acaba con la vida del agresor, o bien éste hace lo propio con la vida de un inocente. *Tertium non datur*.

Es precisamente esa naturaleza bifronte del disparo letal en los tres casos planteados la razón por la que, desde la óptica penal, la determinación final de la panoplia de deberes de los agentes de policía depende en última instancia de una norma permisiva. Ésta opera en el complejo proceso de legitimación de deberes como una razón obstativa del deber de no matar que, directamente, no llega a nacer.<sup>2</sup> El agente de policía, presupuesto el carácter responsable de la agresión y la falta de un medio eficaz menos lesivo para su conjura, no está obligado a no disparar al agre-

<sup>1</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 17 y ss.

<sup>2</sup> Sobre las causas de justificación como un momento particular en el complejo proceso de determinación de deberes (altamente personales), en profundidad, ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 y ss.; y, en este mismo sentido, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 180 y ss. Ya antes, de forma meridiana, MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *RECPC*, (06-02), 2004, p. 9; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 620 y ss., 631 y ss.

sor. Así pues, tanto el art. 20.7 CP, referido al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; como el art. 20.4 CP, regulador de la legítima defensa,<sup>3</sup> autorizan a los agentes de policía en situaciones como las arriba descritas —de forma directa en el caso del art. 20.7 CP; en legítima defensa de terceros en el caso del art. 20.4 CP— a salvaguardar la vida del sujeto necesitado a costa de la de su injusto agresor.

Imaginemos ahora que un agente de policía advierte durante una ronda rutinaria desde su coche patrulla cómo un sujeto persigue a una mujer con un arma blanca de grandes dimensiones. Al bajarse de su automóvil se percata de que el agresor, que ha alcanzado ya a su víctima y la ha golpeado en repetidas ocasiones, se dispone a asesarle una puñalada letal. El agente de policía, consciente de la dramática situación, podría evitar el fatal desenlace disparando al agresor, sin que ello suponga ningún riesgo ni para él ni para los terceros que se han detenido a contemplar la dramática escena. Sin embargo, por mera desidia, decide abstenerse de efectuar el disparo y regresa a su coche patrulla, desde donde, como era previsible, contempla cómo el agresor acaba con la vida de su ex mujer. A nadie se le escapa que este supuesto nos confronta con una problemática notablemente disímil a la arriba referida. Más concretamente, son dos las cuestiones relevantes que aquí se plantean: por un lado, hemos de preguntarnos si el agente de policía está en el caso concreto obligado jurídicopenalmente a salvar la vida del sujeto necesitado, en definitiva, si sobre él recae el deber de disparar al agresor, asumiendo que solo así puede evitar el homicidio de un inocente. Por el otro, quien responda afirmativamente a esta primera cuestión habrá de plantearse acto seguido qué valoración jurídico-penal merece la inactividad (contraria a deber) del agente de policía, en definitiva, habrá de examinar la relevancia penal de la omisión del agente de policía que, pudiéndolo hacer sin riesgo propio ni de terceros, no evita la muerte de un ciudadano al que está llamado a proteger.

Que la dogmática de las causas de justificación no ofrece respuesta a ninguna de estas dos preguntas parece difícilmente cuestionable. Los arts. 20.4 y 20.7 CP, en tanto que normas permisivas, resuelven el conflicto característico de toda situación de justificación otorgando —meras— facultades o permisos, de las que el necesitado o —un eventual auxiliante necesario— pueden valerse o no.<sup>4</sup> Esto es, la dogmática de las causas de justificación resuelve situaciones de conflicto definiendo los presupuestos de legitimidad de una facultad de la que su titular puede disponer autónomamente. Y esto rige no solo para la situación en la que es el propio necesitado el que se defiende, sino que también lo hace cuando es un tercero el que defiende al agredido (legítima defensa de terceros). Ni quien es atacado está (jurí-

<sup>3</sup> Puede quedar por el momento a un lado la cuestión de si el disparo mortal queda justificado en los tres supuestos presentados ex art. 20.4 CP o ex art. 20.7 CP. Al respecto, cfr. *infra* n. 20.

<sup>4</sup> Ello resulta a día de hoy incontrovertido. Al respecto, vid. p. ej., MAÑALICH, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en PAWLIK et al. (eds.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, 2013, pp. 207 y s. En la teoría del Derecho, vid. p. ej., RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1975, pp. 85 y s.

dicamente) obligado a defenderse,<sup>5</sup> ni un tercero auxiliante puede —con carácter general— defender a un sujeto agredido en contra de su voluntad.<sup>6</sup> De las causas de justificación, en suma, no se deriva ningún deber de defensa, ni propia ni de terceros.<sup>7</sup> Pero esto, sin embargo, no significa que la conducta permitida no pueda estar además catalogada deónticamente como obligatoria por una norma distinta a la permisiva. Con un ejemplo: el hecho de que el art. 20.5 CP no obligue jurídicamente a un sujeto a hurtar una pequeña embarcación para salvar la vida del extraño que se está ahogando a escasos metros de la orilla no significa en absoluto que dicho comportamiento típico no sea obligatorio en virtud del deber de socorro sancionado en el art. 195 CP.<sup>8</sup> Así pues, la valoración jurídico-penal de la renuncia al ejercicio de la potestad de defensa en favor de un tercero depende en última instancia de si sobre la figura del auxiliante, en nuestro ejemplo preliminar, del policía, además de la correspondiente facultad reconocida por el sistema de causas de justificación penal (art. 20.7 CP) recaen adicionalmente deberes de llevar a cabo las conductas típicas salvadoras. En pocas palabras, ¿existe en el ejemplo arriba propuesto además de una facultad de disparar al agresor un deber de recurrir al uso de la fuerza (letal) para salvar a la víctima inocente?

A responder a esta última pregunta, apenas tematizada por la doctrina jurídico-

<sup>5</sup> Cfr. en cambio HRUSCHKA, «Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre», *ZStW*, (115), 2003, pp. 208 y ss., quien tematiza el deber de defenderse ante agresiones antijurídicas en el marco de la filosofía kantiana. Sobre el carácter obligatorio de la defensa necesaria de terceros en el Derecho romano y canónico, vid. el interesante análisis histórico de HAAS, *Notwehr und Nothilfe*, 1978, pp. 40 y ss., 45 y ss.; y en el marco de la teología cristiana, SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, pp. 222 y s.

<sup>6</sup> Ello resulta difícilmente cuestionable para quien asuma, como aquí se hace, que el auxiliante necesario no actúa en ejercicio de ningún derecho propio, sino como (mero) representante del sujeto necesitado. Al respecto, cfr. ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt-Renzikowski*, 2013, nm. 35, 61; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 332 y ss. Hasta donde alcanzo, la subrogación del auxiliante en la posición del necesitado es plena: no es solo que el auxiliante necesario no puede ejercer una defensa más intensa que la que se le permite al necesitado, sino que éste puede ejercer exactamente la misma defensa que el necesitado, incluso cuando recaiga sobre un sujeto con el que el auxiliante está especialmente vinculado. Con un ejemplo: el escolta privado que advierte cómo su protegido agrede a un tercero puede ejercer contra aquél exactamente la misma reacción defensiva que le corresponde al necesitado. Su deber especial de protección en nada altera su derecho de injerencia para defender al sujeto necesitado. Sobre este extremo, con detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 425 y s., n. 431. Harina de otro costal es si la negativa del agredido a ser defendido por un tercero es relevante cuando están en peligro bienes considerados indisponibles, en particular, la vida. Sobre el problema de la así llamada legítima defensa impuesta (*aufgedrängte Nothilfe*), cfr. KINDHÄUSER, «§ 32», *NK*, 5ª ed., 2017, nm. 44; y en profundidad, SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, 2005, pp. 85 y ss.; o KOCH, *Die aufgedrängte Nothilfe im Strafrecht*, 2003, pp. 3 y ss., 63 y ss. Hasta donde alcanzo, con matices, el principio de la disponibilidad de la defensa por parte del agredido rige también cuando es un agente de policía el que se dispone —en cumplimiento de sus funciones— a defender al necesitado. La negativa de éste, en la medida en que suponga realmente un acto de disposición de un bien disponible sin trascendencia para intereses ajenos o para la seguridad ciudadana, habría de descargar también al agente de policía de su deber.

<sup>7</sup> Con razón, cfr. DONATSCH, «Garantenpflicht – Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?», *ZStrR*, (106), 1989, p. 355; ENGLÄNDER, «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», *FS-Roxin*, v. I, 2011, p. 657; o recientemente, WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 728.

<sup>8</sup> Sobre el deber general de socorro (§ 323c StGB) como un deber de actuar en auxilio necesario de terceros en situaciones de estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB), vid. MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, pp. 405 y ss.; ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, v. I, 2011, pp. 657 y ss.

penal contemporánea,<sup>9</sup> se dedica el presente trabajo. Para ello, se analiza en el siguiente apartado (2) el fundamento y los límites de los deberes impuestos a los agentes de policía por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS) cuyo cumplimiento requiere el recurso a la coacción física. No es objeto de este trabajo, pues, ni el uso letal de la fuerza por parte de militares en combate, ni el recurso a asesinatos selectivos como mecanismo de autodefensa estatal frente a los peligros latentes atribuidos a actividades terroristas.<sup>10</sup> Tampoco se aborda aquí la cuestión de si los particulares quedan igualmente obligados en virtud de deberes generales de socorro (art. 195 o 450 CP) o deberes de garante (p. ej., por asunción) a salvaguardar los intereses de un sujeto necesitado (en legítima defensa o estado de necesidad) a través de comportamientos penalmente típicos.<sup>11</sup> Posteriormente, en el tercer apartado (3), se examina la

<sup>9</sup> Que se ha centrado, casi en exclusiva, en analizar la eventual justificación de la intervención policial lesiva. Quienes, dando un paso más, han valorado la legitimidad de un eventual deber policial de tirar a matar (QUERALT JIMÉNEZ, «Tirar a matar», *CPC*, (21), 1983, pp. 729) no han abordado, sin embargo, la cuestión subsiguiente, a saber, cómo valorar penalmente la omisión del agente de policía obligado a disparar. En la discusión filosófica advierte también del escaso interés por el problema de la fuerza letal policial obligatoria, MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, pp. 1 y s., y en profundidad, pp. 109 y ss.

<sup>10</sup> Soy consciente que la nítida frontera entre la figura del agente de policía que recurre al uso de fuerza para garantizar la seguridad interior y la del soldado que lo hace para garantizar la exterior va quedando progresivamente desdibujada por las nuevas estrategias políticas de seguridad en la así llamada “guerra contra el terrorismo”. Ello lo advierten con razón, WAECHTER, «Polizeirecht und Kriegerrecht», *JZ*, 2007, pp. 63 y ss., 67 y ss.; MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 7, pp. 78 y ss.; o STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, 2015, p. 412., pp. 414 y ss. En la medida en que los militares asumen funciones de policía antiterrorista y los policías adoptan métodos y armamento históricamente reservado a los cuerpos militares, surge la duda de cuáles han de ser los parámetros de valoración normativa del uso de la fuerza (letal) en las operaciones antiterroristas. Ello pareciera depender, básicamente, del estatus jurídico que se le reconozca al terrorista y, por extensión, al tercero inocente amenazado por la reacción defensiva estatal (daño colateral o injerencia a justificar bajo los estrictos márgenes del estado de necesidad policial). Al respecto, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la "guerra punitiva" contra el terrorismo», *InDret*, (2), 2017, pp. 3 y ss. Ya antes, sobre el ataque terrorista como acto de guerra, cfr. PAWLIK, «El terrorista y su Derecho», *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 148 y ss., 154 y ss.; y en favor de reconocer un *tertium quid* entre la actividad policial y la acción militar, vid. ACKERMAN, «This is not a War», *Yale L.J.*, (113), 2004, pp. 1871 y ss.

<sup>11</sup> En mi opinión, nada impide afirmar la legitimidad de tales deberes de actuar en auxilio necesario, ya sea en situaciones de estado de necesidad (agresivo o defensivo), ya sea en situaciones de legítima defensa. En este sentido, cfr. DONATSCH, *ZStrR*, (106), 1989, pp. 345 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 247 y ss.; y en los últimos tiempos, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, pp. 405 y ss.; ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, v. I, 2011, pp. 657 y ss.; o WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 728 y ss. Crítico con la imposición a particulares de deberes de garante de llevar a cabo comportamientos típicos (graves) justificados, vid. en cambio LAMPE, «Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht im Strafrecht», *FS-Lenckner*, 1998, pp. 174 y ss. En la discusión iusfilosófica, sobre esto mismo, vid. FLETCHER, «Defensive force as an act of rescue», *Social Philosophy and Policy*, (7), 1990, pp. 170 y ss.; o FABRE, «Mandatory Rescue Killings», *The Journal of Political Philosophy*, (4), 2007, pp. 363 y ss. Evidentemente, el grado de violencia (salvadora) exigible a un particular no es el mismo que el que se le exige a los agentes de policía. No solo el nivel de sacrificio propio exigible varía de forma significativa, como por cierto lo hace también entre los particulares en función de si están obligados por un deber general de solidaridad o uno de garante; sino también la intensidad misma de la violencia exigible. Mientras que a un agente de policía cabe exhortarle a que dispare poniendo en peligro la vida del agresor, incluso que ejecute un disparo previsiblemente letal, el Derecho ha de tomar necesariamente en consideración las razones de conciencia del particular que se

naturaleza jurídico-penal de los deberes de evitación del delito impuestos a los agentes de policía, como paso previo ineludible para poder valorar jurídicopenalmente la omisión del agente de policía. En resumidas cuentas, se trata de decidir si los agentes de policía son garantes de la evitación de delitos con carácter general, de modo que al incumplir su deber se les imputaría el resultado delictivo no evitado como si activamente lo hubieran provocado; o si, por el contrario, quedan —tan solo— obligados a la evitación de hechos antijurídicos por deberes (penales) de rango inferior, básicamente, por los sancionados en los arts. 412.3 (denegación de auxilio) y 450 (deber de impedir delitos) del CP. Será en el cuarto apartado de este trabajo (4) donde se aborde específicamente el problema de la legitimidad de un deber de protección policial cuyo cumplimiento requiere en el caso concreto acabar con la vida de un ciudadano. En pocas palabras: ¿puede un ordenamiento jurídico-penal que se dice liberal obligar a los agentes de policía bajo amenaza de pena a disparar mortalmente a un ciudadano? El presente trabajo concluye con un último apartado (5) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

## **2. Acerca del fundamento y los límites de los deberes de coacción jurídica de los agentes de policía**

### *2.1. El deber positivo estatal de protección como fundamento de los deberes de coacción jurídica de los agentes de policía*

El que los agentes de policía no solo están en determinados supuestos facultados a injerirse lesivamente en la esfera de un ciudadano, sino que están incluso obligados a ello bajo ciertas circunstancias resulta difícilmente cuestionable. Esta aserción suele fundamentarse en la doctrina jurídica contemporánea a través del recurso a la teoría del contrato social: a cambio de la renuncia de los particulares al ejercicio privado de la coacción física y el simultáneo reconocimiento al Estado del monopolio de la violencia, éste se comprometería frente a los particulares a defenderlos cuando fueran atacados por sus conciudadanos.<sup>12</sup> Es decir, el Estado además de comprometerse a respetar a cada ciudadano un espacio propio de libertad (negativa) en el que no podría injerirse (libertad como ausencia de coacción estatal), asumiría también, como contrapartida a la renuncia de los particulares a la violencia, la función de defender y proteger la integridad de sus esferas de libertad frente a los ataques de otros miembros de la comunidad jurídica (libertad como garantía

niega a disparar a un injusto agresor para cumplir su deber general de socorro. Sobre esto último, en detalle, vid. *infra* 4.

<sup>12</sup> Entre otros, vid. ISENSEE, «§ 191», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. IX, 3ª ed., 2011, nm. 1 y ss., con múltiples referencias doctrinales; o KLEINING, *The Ethics of Policing*, 1996, pp. 108 y ss. Y en un sentido parecido, sobre el deber (moral) de protección de los agentes de policía, cfr. GARDNER, «Criminals in Uniform», en DUFF et al. (eds.), *The Constitution of the Criminal Law*, 2013, pp. 104 y ss., pp. 114 y s.

de seguridad).<sup>13</sup> Tanto es así que, en palabras de Isensee, el fundamento de legitimación material del Estado moderno residiría precisamente en su capacidad para garantizar la efectiva vigencia del principio del *neminem laedere* en las relaciones entre particulares.<sup>14</sup> Desde la óptica del ciudadano y sus derechos fundamentales esto supone, en esencia, que éste no solo goza de derechos de no injerencia frente al Estado (*status negativus*), sino también de un derecho positivo a la seguridad (*status positivus*) que fundamenta a su vez una legítima expectativa de verse protegido por el Estado frente a los eventuales ataques de otros particulares.

Así las cosas, y más allá de la controvertida relación en la que se halla el deber estatal negativo de no injerencia respecto del deber positivo de protección,<sup>15</sup> cabe afirmar que dicho deber positivo constituye el fundamento constitucional último sobre el que se asienta la institución policial y, por extensión, la actuación coactiva de la administración tendente a impedir hechos punibles e infracciones del orden público (Derecho de policía).<sup>16</sup> La libre incorporación de los agentes de policía a

<sup>13</sup> Vid. ISENSEE, «§ 191», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. IX, 3ª ed., 2011, nm. 3; GÖTZ, «§ 41 - Innere Sicherheit», en KUBE et al. (eds.), *Leitgedanken des Rechts*, v. I, 2014, nm. 4; DI FABIO, «Die Ermessensreduzierung», *VerwArch*, (96), 1995, p. 221; o FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, 2008, pp. 1 y ss., 65 y ss. En la discusión penal, en un sentido idéntico, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 226 y s.; PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, pp. 14 y ss., 17 y ss.; ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32, nm. 95; LAZARUS, «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, 2012, pp. 135 y ss., 145 y ss.; o, recientemente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 3 y ss., 5 y ss., 41 y ss.

<sup>14</sup> En profundidad, ISENSEE, «§ 191», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. IX, 3ª ed., 2011, nm. 11 y ss., 219 y ss. Crítico con el reconocimiento de un “derecho a la seguridad”, no así con los deberes positivos del Estado, vid. sin embargo ALBRECHT, «Freiheitsschutz: Aufgabe europäischer Strafrechtswissenschaften», en *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, 2010, pp. 947 y ss.

<sup>15</sup> Pues el cumplimiento del deber de protección del Estado supone al mismo tiempo y de forma necesaria, como mínimo, una (aparente) infracción del deber negativo de no injerencia en la esfera del particular agresor. Al respecto, cfr. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 27 y ss., 31 y ss.; EL MISMO, «§ 191», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. IX, 3ª ed., 2011, nm. 205 y ss., con ulteriores referencias. Sobre la supuesta mayor liberalidad de la dimensión estrictamente negativa de los derechos fundamentales y el redescubrimiento de su dimensión positiva, fundamental, ISENSEE, *ob cit.*, nm. 16 y ss. Esta tensión entre el deber de protección del Estado y el de no injerencia en la esfera jurídica de los particulares es la que subyace a muchos de los modernos problemas a los que se enfrenta la teoría de la justificación penal, piénsese p. ej., en la reciente discusión sobre la así llamada “tortura salvadora” o la legitimidad del derribo de un avión secuestrado por terroristas. ¿Debe el estado desatender su deber positivo de protección para con quienes están en tierra o para con quien ha sido secuestrado para poder cumplir su deber negativo de no injerencia con los inocentes condenados a morir en el avión secuestrado o con el terrorista que se niega a desvelar el paradero de su víctima? Sobre el derribo de aviones, desde el prisma del conflicto de deberes estatales, vid. ISENSEE, «Leben gegen Leben – Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 226 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *Administración Pública*, (170), 2006, pp. 406 y ss. Y sobre la “tortura salvadora”, entre otros muchos, vid. p. ej., CANO PAÑOS, «Análisis ético-jurídico de la denominada “tortura de rescate”. ¿Quebrantamiento de un tabú?», *RDPC*, (12), 2014, pp. 47 y ss.; o STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, 2015, pp. 143 y ss.

<sup>16</sup> Con ulteriores referencias, vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 3 y ss., 41 y ss.

dicha institución, asumiendo con ello funciones específicas de protección,<sup>17</sup> permite al Estado descargar a los particulares de su deber primigenio de contribuir a la garantía de la seguridad interior, mutando aquel, básicamente, en un deber de contribuir al sostenimiento de la institución policial a través del pago de tributos.<sup>18</sup> Y en buena lógica, es también el deber positivo de protección del Estado el fundamento material de la normativa que habilita a los agentes de policía a recurrir a la coacción jurídica. De una adecuada regulación de la función policial depende en última instancia el éxito del Estado a la hora de compatibilizar su deber positivo de protección con su deber general negativo de no interferencia.

Sea como fuere, nadie duda en la discusión jurídico-penal contemporánea que los agentes de policía están bajo determinadas circunstancias obligados a emprender acciones lesivas —incluso— penalmente típicas.<sup>19</sup> Posiblemente el deber de practicar una detención ex art. 492 LECrim constituya el ejemplo paradigmático de obligación policial de recurrir a la coacción física, aunque son muchos otros los deberes cuyo cumplimiento puede requerir —en el caso concreto— el recurso a la violencia. Es más, el mismo art. 20.7 CP, en lo relativo al cumplimiento de un deber como causa de justificación, está configurado como una norma (permisiva) de remisión a la normativa extrapenal que instituye los deberes que legitiman el comportamiento penalmente típico.<sup>20</sup> Bien mirado, los problemas en este ámbito se plantean cuando se trata de

<sup>17</sup> Sobre el rol institucional del agente de policía como resultado del proceso de delegación de los particulares de su deber general positivo de asegurar la paz pública, en profundidad, vid. MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, pp. 82 y ss., 92 y ss., 112 y s. Y en particular, a propósito del ejercicio letal de la fuerza por parte de los agentes de policía, cfr. KLEINING, *The Ethics of Policing*, 1996, p. 109.

<sup>18</sup> En todo caso, este deber primigenio, a imagen y semejanza de lo que ocurre con el deber general de socorro sancionado en el art. 195 CP, puede excepcionalmente reactivarse allí donde el Estado sea incapaz de cumplir en tiempo y forma su misión, siendo entonces legítima —bajo estrictas condiciones— la imposición a los propios particulares de deberes de evitación del delito. La infracción de este deber cuasi-institucional queda sancionada en el ordenamiento español en el art. 450 CP. En mi opinión, la fundamentación del deber general de socorro à la Pawlik (*Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 103 y ss., 179 y ss.; EL MISMO, «Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal», *Revista de Estudios de la Justicia*, (26), 2017, pp. 222 y ss.), como un deber delegado del Estado al particular ante su incapacidad momentánea de cumplir un deber positivo de protección, es, pues, perfectamente válida para legitimar el deber general de evitar delitos sancionado en el art. 450 CP.

<sup>19</sup> *Pars pro toto*, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, pp. 262 y s.; TERRADILLOS BASOCO, «Intervención policial lesiva y cumplimiento de un deber como causa de justificación», en RUIZ RODRÍGUEZ (ed.), *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial*, 2016, p. 147. Y tempranamente, CEREZO MIR, «La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *ADPCP*, (40), 1987, p. 275, pp. 279 y ss.

<sup>20</sup> Puede quedar a un lado desde este momento la clásica discusión sobre la posibilidad de que los agentes de policía recurran a las causas de justificación comunes y, en particular, a la legítima defensa para salvaguardar intereses propios o ajenos. Al respecto, en detalle, PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 364 y ss. En mi opinión, los agentes de policía, en el ejercicio de sus funciones, únicamente pueden actuar de forma penalmente típica cuando vengan autorizados a ello por la normativa jurídico-pública que define su haz de derechos y deberes (principio de especialidad). En este mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 25/93; CEREZO MIR, *ADPCP*, (40), 1987, p. 283; EL MISMO, *PG*, v. II, 6ª ed., 2000, p. 302; QUERALT JIMÉNEZ, *Introducción a la policía judicial*, 3ª ed., 1999, pp. 262 y ss.; o PALERMO, *ob cit.*, pp. 367 y s. Amparar hechos lesivos no justificados por aquélla a través de las causas de justificación genéricas, además

concretar en qué momento un agente de policía ve reducido a cero el margen de discrecionalidad característico de toda intervención policial, quedando efectivamente obligado a recurrir a la coacción (típicamente relevante) para el desempeño de alguna de las funciones de prevención de hechos antijurídicos que le han sido legalmente encomendadas. Aunque la pregunta acabada de formular solo puede ser respondida de manera adecuada atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sí parece recomendable definir, ni que sea con carácter general, los parámetros que han de regir la determinación de los deberes policiales de evitación del delito a través del recurso a la coacción jurídica. A ello se dedica el siguiente epígrafe.

## 2.2. *La determinación de los deberes policiales de evitación del delito a través de la coacción jurídica*

El deber de seguridad del Estado, parcialmente tipificado en el art. 104 CE, encontró un temprano desarrollo legislativo en lo relativo a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la mano de la LOFCS. Sin desdeñar cierta normativa internacional,<sup>21</sup> algunas Circulares internas de los órganos de dirección de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,<sup>22</sup> así como aquellas leyes que regulan específicas actuaciones policiales lesivas,<sup>23</sup> lo cierto es que es la referida LOFCS el

de suponer una burla a la solución institucional prevista a un conflicto, adviértase que el recurso del particular a tales causas de justificación es siempre subsidiario respecto de la actuación policial (cfr. solo FRISCH, «Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik», *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 49 y ss., pp. 69 y s.); resulta materialmente innecesario si se procede a una interpretación adecuada de dicha normativa y, en particular, de la cláusula de proporcionalidad que rige la actuación lesiva de cualquier agente de policía. Ello lo advierte con razón, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, pp. 140 y ss. La tesis contraria es defendida por SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, p. 347; PORTILLA CONTRERAS, «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (12), 1987, p. 178; u OLMEDO CARDENETE, «Artículo 20.7 CP», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 554 y ss., con ulteriores referencias y dando cuenta en las pp. 557 y ss. de la postura vacilante del Tribunal Supremo al respecto.

<sup>21</sup> Al respecto, vid. solo OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 512 y ss.

<sup>22</sup> En concreto, las Circulares de la Dirección General de la Guardia Civil sobre utilización de las armas de fuego de 28 de febrero de 1994 y de 3 de mayo de 1998 (cfr. ACOSTA GALLO, *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*, 2ª ed., 2015, p. 227; y la SAP Cádiz, 31 de mayo de 2011, ponente Gutiérrez Luna), la Circular de la Subdirección General Operativa de la Policía Nacional 12/87, de 3 de abril de 1987, sobre utilización de armas de fuego por funcionarios (cfr. OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 532 y s.); y la Circular de la Dirección General de la Policía, de 14 de abril de 1983, donde, en esencia, se concreta la noción de necesidad abstracta y el uso de armas de fuego cuando el agente o un tercero es agredido o cuando el autor de un delito grave inicia la fuga. Un extracto de la misma, carente en todo caso de fuerza normativa, puede encontrarse en SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, pp. 230 y s. Sobre su contenido vid. además ALONSO PÉREZ, «La utilización de armas de fuego por las fuerzas de seguridad. Apuntes jurisprudenciales», *Diario La Ley*, (5545), 2002, pp. 3 y ss.; o BAYÓN LÓPEZ, «El uso de armas de fuego por parte de funcionarios policiales», *Diario La Ley*, (7177), 2009, pp. 2 y ss.

<sup>23</sup> Como p. ej., la reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana que, en todo caso, se remite en su art. 4.2 directamente a la LOFCS en lo que se refiere a los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

texto fundamental a la hora de definir los deberes que recaen sobre los agentes de policía en el desempeño de su función pública. Esta es también, pues, la norma de reenvío esencial del art. 20.7 CP.

No obstante, un primer vistazo a la LOFCS es suficiente para advertir que ésta no lleva a cabo, ni siquiera lo pretende, una regulación exhaustiva y detallada de las circunstancias y razones que obligan a los agentes de policía a recurrir a la coacción jurídica para prevenir la comisión de hechos antijurídicos. Como es sabido, el art. 5.2. c) de dicha ley, relativo a los principios básicos de actuación de los agentes policiales, se limita a señalar que aquellos, en el ejercicio de sus funciones, “deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”. La letra d) del citado artículo establece por su parte que los agentes “solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.” Las funciones a las que se refiere la letra c) del art. 5.2. LOFCS están detalladas en el art. 11 del mismo texto legal. A los efectos que aquí conciernen, cabe destacar básicamente las siguientes: “a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias. b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa. [...] e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana. f) Prevenir la comisión de actos delictivos.”

La vaguedad y abstracción con la que la LOFCS define los principios generales de actuación y las tareas de los agentes de policía obliga a concluir que éstos disponen —con carácter general— de un importante margen de discrecionalidad, como manifestación del principio general de oportunidad, a la hora de cumplir las múltiples funciones que les han sido legalmente encomendadas.<sup>24</sup> Dicho margen guarda relación con el si, el cuándo y el cómo habría de recurrirse a la coacción jurídica.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> En el Derecho alemán de policía, sobre el principio de discrecionalidad (*Ermessensgrundsatz*) como manifestación del principio de oportunidad, cfr. GÖTZ/GEIS, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 16ª ed., 2017, § 11, nm. 1 y ss.; o THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 155 y ss. En general, sobre la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad en la definición del haz de deberes de los agentes de policía, GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 6, nm. 391 y ss. En el Derecho español, crítico con la indeterminación legal en lo que al uso de armas por parte de los agentes de policía se refiere, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 17ª ed., 2015, p. 846; o BARCELONA LLOP, «El uso de las armas de fuego por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», *Revista de Administración Pública*, (113), 1987, pp. 104 y ss.

<sup>25</sup> Al respecto, en profundidad, THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 159 y ss., quien descompone el ámbito de decisión discrecional de los agentes de policía en tres niveles: acerca de si deben o no intervenir (*Entschließungsermessen*); acerca de sobre quién deben intervenir (*Adres-*

Ello vale también en relación con el recurso a las armas de fuego y, en alguna medida, podría explicar las reticencias de la doctrina penal a abordar el problema de la coacción jurídica policial desde la óptica del deber. Ahora bien, el reconocimiento de un margen de discrecionalidad no significa que el agente de policía pueda decidir siempre con total libertad si desea o no actuar, así como el modo en el que habría de hacerlo.<sup>26</sup> Más bien, dicho margen presenta una dimensión esencialmente dinámica, reduciéndose o ampliándose en función de las circunstancias fácticas y normativas propias de cada supuesto particular.<sup>27</sup> No hay duda, en definitiva, de que aquél no autoriza al agente de policía a permanecer siempre y en todo caso completamente inmóvil.<sup>28</sup> no toda actuación lesiva de un agente de policía es meramente facultativa. Ahora bien, en qué momento el agente de policía deja de gozar de la facultad de no intervenir en virtud del principio de oportunidad para pasar a quedar efectivamente obligado a ello, como manifestación específica del deber estatal de protección, es, sin duda, la pregunta capital que aquí se plantea.<sup>29</sup> Su respuesta en el ordenamiento español depende, básicamente, del sentido que se le otorgue a los principios de *congruencia*, *oportunidad* y *proporcionalidad* expresamente recogidos en el art. 5.2. c) de la citada LOFCS.

La remisión a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad efectuada por la LOFCS ha sido desde antaño criticada por la doctrina penal, pues con ello el legislador se aleja, como mínimo terminológicamente, de los criterios a los que históricamente ha recurrido la doctrina y jurisprudencia penales al enjuiciar la legitimidad de la coacción física ejercida por agentes de policía.<sup>30</sup> No obstante, este problema se diluye en gran medida si, como aquí se defiende, las nociones de congruencia y oportunidad encuentran un concepto equivalente en el aparato conceptual clásicamente manejado por la doctrina penal. Y aunque éste ha sido desarrollado esencialmente para integrar el art. 20.7 CP y, por lo tanto, para justificar los hechos típicos de los agentes de policía, hasta donde alcanzo, dicho aparato conceptual sirve al mismo tiempo para definir las condiciones de reducción a cero del ámbito de discrecionalidad del agente de policía. Bien mirado, el art. 20.7 CP

*satenauswahlermessen*); y acerca de los medios a adoptar en la intervención (*Handlungsauswahlermessen*).

<sup>26</sup> Lo pone acertadamente de relieve, GIGER, *Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss*, 2013, p. 8.

<sup>27</sup> Cfr. WILKE, «Der Anspruch auf behördliches Einschreiten», *FS-Scupin*, 1983, pp. 838 y ss.

<sup>28</sup> Al respecto, vid. DI FABIO, *VerwArch*, (96), 1995, p. 222; y en el Derecho de policía alemán, con detalle, WILKE, *FS-Scupin*, 1983, pp. 840 y ss.; THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 171 y ss.; o GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 6, nm. 393. Desde la perspectiva del particular amenazado eso significa que su pretensión general a un ejercicio adecuado de la función de protección policial muta en un derecho (subjetivo) concreto a la intervención efectiva del agente de policía. En detalle, GÖTZ/GEIS, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 16ª ed., 2017, § 11, nm. 35 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. solo GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 6, nm. 393 y s.: «En caso de reducción del margen de decisión discrecional la inactividad del agente de la autoridad es antijurídica».

<sup>30</sup> En este sentido, vid. p. ej., OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 521 y s.

no hace sino vincular la justificación del hecho típico del agente al cumplimiento de su deber. El que puedan existir ciertas conductas lesivas justificables no obligatorias, no quita para que, con carácter general, las condiciones de legitimidad de la acción lesiva del agente de policía coincidan con las del nacimiento de un deber de actuar.<sup>31</sup> el comportamiento típico justificado resulta además —bajo ciertas circunstancias— obligatorio. Así las cosas, y asumiendo en lo que sigue la legitimidad del deber en atención a su precisa habilitación legal<sup>32</sup> y al nivel de sacrificio exigible al concreto agente de policía,<sup>33</sup> son cuatro los requisitos a los que ha de vincularse el nacimiento del deber de intervenir lesivamente en la esfera de un particular:

1.- En primer lugar, se afirma que el sujeto que actúa (u omite), además de ostentar la condición de Autoridad o agente de la misma, debe encontrarse en el ejercicio del cargo en el momento en el que se plantea recurrir a la coacción jurídica. La condición de autoridad funcional es la cuestión que plantea aquí mayores problemas interpretativos.<sup>34</sup> Mientras que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias exigen

<sup>31</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas», *La Ley*, (2), 1983, p. 765. El que la conducta típica del agente de policía que se justifica ex art. 20.7 CP responde al cumplimiento de un deber es comúnmente aceptado en nuestra jurisprudencia. En este sentido, cfr. p. ej., la reciente STS 25 de mayo de 2017, ponente Andrés Ibáñez.

<sup>32</sup> Sobre el principio de legalidad y las “cláusulas generales de habilitación” como principio legitimador esencial de toda actuación coactiva de la administración pública, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 17ª ed., 2015, pp. 831 y ss., 847 y ss.; IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, «Artículo 20», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 284; y, en particular, a propósito del uso de armas de fuego por parte de los agentes de policía, QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, (21), 1983, pp. 730 y s.; EL MISMO, «Necesidad, legalidad y oportunidad (A propósito de la cobertura de la injerencia policial)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (5) 1990, pp. 135 y ss., 143 y ss.

<sup>33</sup> La LOFCS, se limita a señalar en el art. 5.4 relativo a la dedicación profesional que los agentes de policía “Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar [...]”. Aunque el concreto límite de sacrificio propio exigible será siempre objeto de controversia, por más que teóricamente haya de desprenderse de las normas que fundamentan el concreto deber, sí cabe afirmar que los agentes de policía están obligados a tolerar niveles de riesgo severos en el cumplimiento de sus funciones. Sobre el fundamento de tales deberes, cfr. LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 3 y ss. Incluso el mero riesgo genérico de muerte ínsito en el enfrentamiento con delincuentes armados no les libera de su deber. Éste decae, con carácter general, cuando el interés propio a sacrificar es esencialmente preponderante frente al que el agente está obligado a salvaguardar. Al respecto, con detalle y ulteriores referencias doctrinales, vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 365 y ss. La intensidad de la lesión esperable y, sobre todo, la probabilidad de que la lesión acaezca juegan un papel fundamental en estos supuestos: ni siquiera un agente miembro de un cuerpo de operaciones especiales está obligado a asumir un riesgo absoluto de muerte para cumplir su misión (cfr. BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand*, 1989, pp. 21 y ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 1999, p. 257, n. 213; o MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 444 y s., quien señala que «el contenido de la obligación de sacrificio en ningún caso incluirá la propia inmolación: ninguna posición jurídica especial puede imponer el deber de arrostrar un riesgo vital»); pero sí lo está, en cambio, a practicar junto con sus compañeros una operación de asalto para detener a miembros fuertemente armados de una organización criminal que previsiblemente abrirán fuego contra los agentes. Algo distinto podría valer, en cambio, respecto de los militares en tiempo de guerra. Así, PAWLIK, «14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?», *JZ*, 2004, p. 1053, n. 88; e HIGUERA GUIMERA, *La exigente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, 1991, pp. 94 y s.

<sup>34</sup> Puede quedar a un lado aquí la cuestión de si los agentes de seguridad privada, en especial, aquellos a los que se les faculta para portar armas (art. 40 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada) quedan

que el agente de policía se encuentre efectivamente en el ejercicio de sus funciones,<sup>35</sup> el propio Tribunal Supremo ha reconocido la conformidad a Derecho de hechos típicos en cumplimiento de un deber, por lo tanto, jurídicamente obligatorios, llevados a cabo por un agente de policía franco de servicio.<sup>36</sup> Ello encuentra además un claro anclaje legal en la propia LOFCS, que en su art. 5.4 establece expresamente que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “[d]eberán 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”. No es de extrañar, pues, que el Tribunal Supremo español tampoco advierta en el hecho de estar franco de servicio razón de peso para no condenar a quien lo agrede por el delito de atentado a la autoridad (art. 550 CP).<sup>37</sup> Cuestión distinta es si la intensidad con la que el ordenamiento obliga (y amenaza en caso de infracción) a los agentes de policía no habría de ser distinta en función de si aquellos se encuentran o no de servicio.<sup>38</sup> Es decir, el que un agente franco de servicio siga obligado especialmente a evitar el delito no significa ni que el alcance del deber sea el mismo que el que le obligaría en caso de estar de servicio, ni que el nivel de sacrificio propio exigible sea el mismo, ni que la sanción en caso de incumplimiento del deber haya de ser necesariamente idéntica.<sup>39</sup>

obligados al recurso a la fuerza en condiciones similares o idénticas a los agentes públicos de policía. Adviértase en todo caso que el art. 30 de la Ley 5/2014 también alude expresamente a los principios de congruencia y proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa como principios de actuación del personal de seguridad privada, por lo que los criterios de justificación ex art. 20.7 CP cuando aquellos hagan uso de la fuerza para proteger intereses individuales no pueden distar en exceso de los que rigen la función policial. En este sentido, vid. también OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 586 y s.; y en la jurisprudencia del TS, de idéntica opinión, STS 12 de julio 2006, ponente Saavedra Ruiz.

<sup>35</sup> Al respecto, cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 263, con referencias jurisprudenciales en el mismo sentido.

<sup>36</sup> Cfr. STS 14 de febrero de 1997, ponente Soto Nieto. Más matizado es el criterio de la STS 14 de mayo de 1998, ponente De Vega Ruiz, según el cual el agente franco de servicio solo debería actuar en circunstancias excepcionales, básicamente, cuando ello sea imprescindible para conjurar graves peligros.

<sup>37</sup> Cfr. STS 2 de junio de 2006, ponente Sánchez Melgar. Y en los últimos tiempos, en este mismo sentido, vid. la SAP Lleida, 3 de marzo de 2016, ponente García Navascués; o la SAP Santa Cruz de Tenerife, 30 de junio de 2014, ponente González Ramos: toda agresión a un agente en el ejercicio de las funciones policiales que la ley les atribuye con carácter permanente (esté o no de servicio), o como consecuencia de una actuación policial previa constituye delito de atentado a los efectos del art. 550 CP.

<sup>38</sup> Tampoco puedo ocuparme aquí de la clásica cuestión —estrechamente vinculada con la arriba referida— de si los agentes de policía deben o no hacer uso de sus conocimientos especiales. Un reciente y clarificador análisis del estado de la discusión puede leerse en VACCHELLI, «En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público», *InDret*, (4), 2017, pp. 2 y ss. La solución a este problema, en todo caso, no pasa por negar la noción misma de conocimiento especial por el hecho de que el art. 5.4. LOFCS establezca que los agentes están obligados a actuar “con total dedicación”, “siempre, en cualquier tiempo y lugar”. La ubicuidad de los riesgos a conjurar por parte de los agentes de policía de servicio torna inexigible, por excesivamente gravoso, un deber permanente de perseguir el hecho ilícito con base en cualquier conocimiento adquirido. No todos los conocimientos pueden ser, pues, considerados ordinarios. En este sentido, acertadamente, PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, pp. 19 y s.; y aunque con una fundamentación parcialmente disímil, VACCHELLI, *ob. cit.*, p. 5, n. 9, pp. 16 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. *infra* n. 124.

2.- En segundo lugar, el nacimiento del deber de llevar a cabo un comportamiento típico queda supeditado a la necesidad abstracta de la intervención lesiva en los derechos del particular. A este requisito, esencial para la legitimación del deber, se refiere la LOFCS cuando alude al principio de oportunidad.<sup>40</sup> Solo quedará obligado a la coacción jurídica aquel agente que para proteger intereses individuales o garantizar la seguridad ciudadana (art. 11 LOFCS) haya de recurrir indispensablemente al uso de la fuerza.<sup>41</sup> Dos son, en esencia, los pilares sobre los que concretar los deberes policiales de intervención coactiva. Por un lado, como unánimemente reconoce la doctrina alemana especializada, más allá de la habilitación legal correspondiente, la intervención coactiva policial se fundamenta en la noción de peligro, como concepto central del Derecho de policía.<sup>42</sup> Por peligro se entiende, en resumidas cuentas, la probabilidad suficiente de lesión de un bien jurídico individual o colectivo.<sup>43</sup> Así pues, adviértase que la legitimación del deber de intervenir usando la fuerza no presupone en modo alguno una agresión ilegítima actual en el sentido de la legítima defensa.<sup>44</sup> El agente de policía, en definitiva, no actúa bajo la lógica de la legítima defensa de terceros,<sup>45</sup> sino en cumplimiento de un deber positivo institucional que le obliga a proteger los intereses de los particulares y la seguridad ciudadana cuando se ven amenazados.<sup>46</sup> Por otro lado, la legitimidad de

<sup>40</sup> Así, OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 523 y s.

<sup>41</sup> En este sentido, vid. SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 163; o SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos», *RDPC*, (2), 2009, pp. 130 y s.

<sup>42</sup> Sobre la noción de peligro como fundamento del Derecho de policía frente a la de injusto culpable como clave de bóveda del sistema penal, en detalle, vid. TIMM, *Gesinnung und Straftat*, 2012, pp. 38 y s., 111 y ss. En todo caso, no se me escapa que la deriva preventivista del “moderno” Derecho penal, en especial en el ámbito de la delincuencia terrorista, supone una profunda erosión de la nítida frontera teórica entre la conjura del peligro (Derecho de policía) y la persecución (y posterior castigo) del responsable de un hecho injusto reprochable (Derecho penal). Al respecto, en profundidad, ZABEL, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017, pp. 369 y ss.

<sup>43</sup> Sobre el concepto de peligro como probabilidad suficiente de lesión de un bien individual o colectivo, en profundidad, THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 4 y ss.; SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 3, nm. 69 y ss.; o GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 3, nm. 77. El peligro aparente (*Anscheinsgefahr*), aquel que se revela *ex post* como inexistente, es suficiente para legitimar la intervención policial, siempre y cuando el juicio de peligrosidad *ex ante* del agente de policía fuera correcto. Del peligro aparente distingue la doctrina alemana la mera sospecha de peligro (*Gefahrenverdacht*). Bajo tal etiqueta se tematizan aquellos supuestos en los que el propio agente de policía advierte que le es imposible llevar a cabo un juicio de pronóstico del peligro definitivo, considerando como posible la existencia de un peligro cierto. En profundidad, sobre las nociones de peligro aparente (*Anscheinsgefahr*) y sospecha de peligro (*Gefahrverdacht*), vid. PAEFFGEN, «Gefahr, Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht im Polizeirecht», *GA*, 2014, pp. 638 y ss.

<sup>44</sup> Con razón, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 498, nm. 26; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 335; CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2000, p. 301; y con referencias jurisprudenciales en este mismo sentido, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 263.

<sup>45</sup> Al respecto, en profundidad, MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, pp. 108 y ss., delimitando claramente el fundamento del deber policial respecto de la lógica de la legítima defensa de terceros.

<sup>46</sup> Así lo expresa el Preámbulo de la LOFCS (II): «En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en per-

la intervención coactiva policial para conjurar un peligro depende a su vez de que aquélla se dirija contra un destinatario adecuado. La doctrina alemana distingue al respecto entre dos clases de sujetos perturbadores o competentes por el peligro (*Störer*), en función de si éste es reconducible a un comportamiento humano (*Handlungsstörer*) o a un mero estado de cosas (*Zustandsstörer*).<sup>47</sup> Así pues, la coacción directa para conjurar un peligro puede dirigirse frente a quien causa (inmediatamente) la situación de peligro, sea por omisión o por acción; o frente al dueño de animales o cosas que constituyen la fuente de peligro a conjurar. Sea como fuere, a diferencia de lo que acontece en los supuestos de legítima defensa, en ningún caso es necesario poder imputarle de forma plena el peligro creado a quien habrá de soportar los costes de su conjura.<sup>48</sup> La posición de competencia del perturbador no presupone una agresión actual antijurídica y culpable. Esto no quita que la respuesta defensiva policial solo pueda recaer sobre sujetos no competentes por el peligro dentro de los estrechísimos márgenes del estado de necesidad policial que,<sup>49</sup> en cualquier caso, no permite someter al tercero no competente por el peligro a riesgos relevantes para su vida o integridad física.

Adviértase asimismo que el propio legislador español, en el art. 5.2. d) LOFCS concreta algo más la noción de necesidad abstracta en relación con el uso de armas, como medio coactivo especialmente lesivo:<sup>50</sup> éstas solamente deberán utilizarse en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida o integridad física de los agentes o terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana. En este punto es de especial importancia la interpretación de la noción de seguridad ciudadana. Mientras que para autores como Portilla Contreras el peligro para la seguridad ciudadana se reduciría a los casos en los que se constata un peligro para la vida o la integridad física de una pluralidad de personas,<sup>51</sup> hay quienes, siguiendo a Gómez Benítez,

fecta congruencia con el artículo 149.1.29.<sup>a</sup>, el artículo 104.1 de la Constitución atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

<sup>47</sup> Al respecto, cfr. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 1 y ss.; THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 81 y ss., 114 y ss.

<sup>48</sup> *Pars pro toto*, GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 5, nm. 324 y ss.

<sup>49</sup> Vid. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 2 ss.; GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 5, nm. 379 y ss.; o FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 441 y ss.; y para una profunda revisión crítica del estado de necesidad policial, cfr. HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 278 y ss. En el ordenamiento español, a falta de normativa específica que regule esta institución, parece que ha de ser el baremo propio del estado de necesidad agresivo el que delimite el ámbito de la injerencia lesiva en los intereses del no competente por el peligro. Solo la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante frente al que se lesiona habilita al agente de policía a conjurar el peligro a costa de un tercero no competente por el peligro.

<sup>50</sup> Que se trata éste de un problema de necesidad abstracta, y no de mera proporcionalidad, lo advierte con razón TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, p. 144, n. 310.

<sup>51</sup> Sobre el concepto de «seguridad ciudadana» como peligro inminente para los intereses individuales de los particulares, cfr. PORTILLA CONTRERAS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (12), 1987, p. 161.

interpretan esta cláusula de un modo menos restrictivo, de forma tal que el uso de armas sería legítimo «frente a delincuentes peligrosos, generalmente armados y con sospecha racional de que van a usar sus armas contra el funcionario».<sup>52</sup> Por su parte, Luzón Peña reconoce asimismo que la noción de seguridad ciudadana no encierra solo la defensa de bienes jurídicos individuales, sino también la de intereses colectivos especialmente importantes como los amenazados en caso de rebelión, sedición, incendio o estragos.<sup>53</sup>

En mi opinión, una interpretación de la cláusula de la seguridad ciudadana no abrogatoria exige efectivamente reconocer que ésta se refiere a algo distinto a la mera puesta en peligro de una pluralidad de bienes jurídicos individuales.<sup>54</sup> Por “grave riesgo para la seguridad ciudadana” en el sentido del art. 5.2. d) LOFCS ha de entenderse, más bien, la afectación de intereses colectivos del más alto rango (rebelión, sedición, estragos), la conjura de peligros inminentes para bienes jurídicos de primer orden (vida, integridad física), así como peligros actuales para bienes jurídicos de capital importancia distintos a los antecitados, por ejemplo, la integridad sexual.<sup>55</sup> Cuestión distinta, claro está, es con qué intensidad lesiva deben o pueden recurrir al uso de armas los agentes de policía para garantizar bienes no individuales o individuales de inferior rango.<sup>56</sup> Se trata este, sin embargo, de un problema a resolver a partir de las nociones de necesidad concreta y proporcionalidad. En la praxis resulta especialmente relevante en este punto el supuesto en el que un (presunto) delincuente emprende la huida. Salvo que la fuga ponga en peligro la vida o integridad de los agentes de policía o de terceros o represente en sí misma un grave riesgo para la seguridad ciudadana, por ejemplo, porque se trate de un terrorista que previsiblemente cometerá un atentado en cuanto se sustraiga del control policial, los agentes de policía quedarán liberados del deber de practicar la detención cuando ello suponga recurrir a armas de fuego poniendo en grave peligro la integridad física o la vida del huido.<sup>57</sup> El uso de armas de fuego para practicar la

<sup>52</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 411; y de idéntica opinión, OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 528 y s. En una línea parecida, vid. además SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, p. 304.

<sup>53</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 25/90.

<sup>54</sup> Lo advierte con razón, BARCELONA LLOP, *Revista de Administración Pública*, (113), 1987, p. 117.

<sup>55</sup> En este sentido, vid. p. ej., GIGER, *Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss*, 2013, p. 10; o TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, p. 143.

<sup>56</sup> Así, p. ej., afirma LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 25/92, que «la policía sólo podrá causar intencionalmente alguna muerte si es absolutamente necesario para reprimir legalmente una revuelta o insurrección, pero no en otros casos de grave riesgo para la seguridad ciudadana».

<sup>57</sup> En un sentido parecido, vid. la STS 20 de octubre de 1980, ponente Vivas Marzal: «en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hace uso de armas de fuego, disparando contra aquél sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación especialmente si concurre ausencia de otros medios y si, el delito cometido por el que huye, era de capital importancia». Vid. además la SAP Madrid, de 26 de junio de 2015, ponente Coronado Buitrago, donde se justifica —en legítima defensa y cumplimiento de un deber— el homicidio de un sujeto enfermo mental que al volante de su automóvil había puesto en peligro a varios viandantes y agentes de

detención del presunto responsable de un pequeño hurto no es, pues, abstractamente necesaria. A otra conclusión habrá de llegarse, ciertamente, cuando al intentar practicar la detención el particular reaccione violentamente poniendo en peligro la vida de terceros o de los propios agentes.

Por último, adviértase que existen igualmente límites objetivos e infranqueables que excluyen con carácter absoluto la necesidad abstracta de una intervención policial violenta: estos pueden derivarse de la existencia de canales específicos institucionales de resolución del conflicto, piénsese por ejemplo en la orden no —manifiestamente— antijurídica de un superior que prohíbe la intervención lesiva del subordinado; o de prohibiciones legales taxativas como, por ejemplo, la de la tortura (art. 15 CE).<sup>58</sup> Así pues, en contra de lo que en ocasiones se afirma, ningún agente de policía está obligado, ni siquiera facultado, a torturar a un detenido, incluso cuando ello sea el único modo de salvar la vida al secuestrado en paradero desconocido.<sup>59</sup> La solución legal preestablecida ocluye todo juicio particular de ponderación de intereses, sin que exista entonces necesidad abstracta de recurrir al uso coactivo de la violencia.<sup>60</sup> El propio texto constitucional español se ha encargado de resolver el conflicto entre el deber estatal de protección y el negativo de no injerencia cuando la única forma de cumplir el primero es recurriendo a la tortura: el deber estatal negativo prima sin excepción frente al de protección. La prohibición de la tortura no es una razón ordinaria más a ponderar frente a otras en conflicto, ni siquiera una razón ordinaria de peso que acaba generalmente por imponerse, sino una verdadera razón excluyente, esto es, una razón para actuar con total independencia del balance de la totalidad de razones enfrentadas que puedan concurrir en el caso concreto.<sup>61</sup>

policía en el marco de una riesgosa persecución, llegando a atropellar a un agente y amenazando con hacerlo por segunda vez.

<sup>58</sup> Lo advierten con razón, CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2000, p. 302; u OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 527. Sobre la primacía de los canales institucionalizados de solución de conflictos, en profundidad, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 306 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>59</sup> Vid. en cambio KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, p. 192: dado que la tortura salvadora estaría justificada, el policía estaría obligado a practicarla, respondiendo en comisión por omisión por el homicidio no evitado mediante tortura. Próximos, ERB, «§ 32», *MK*, 3ª ed., 2017, nm. 8; EL MISMO, «Zur strafrechtlichen Behandlung von „Folter“ in der Notwehrlage», *FS-Seebode*, 2008, pp. 133 y ss.; o MITSCH, «Verhinderung lebensrettender Folter», *FS-Roxin*, v. I, 2011, pp. 640 y ss., 655, quien cree imputable en comisión por omisión el resultado no evitado a quien interrumpe el curso de tortura salvador.

<sup>60</sup> Sobre el efecto oclusivo de la prohibición de la tortura sobre eventuales juicios particulares de ponderación, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *RDPC*, (1), 2000, pp. 238 y ss.; GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (4), 2007, pp. 6 y ss. Sobre la ilegitimidad de inspecciones, registros e intervenciones corporales sin cobertura legal expresa y amparadas en la praxis bajo la lógica del estado de necesidad, cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, pp. 134 y ss., p. 140.

<sup>61</sup> Que veda de antemano cualquier juicio de ponderación particular y exige validez absoluta. Sobre el concepto de razón excluyente (*exclusionary reason*), cfr. RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1975, pp. 35 y ss., 46 y ss.

3.- En tercer lugar, el nacimiento del deber o, mejor dicho, el modo específico de cumplimiento de la obligación, queda asimismo condicionado por el principio de necesidad concreta o, en los términos de la LOFSC, por el principio de congruencia.<sup>62</sup> El deber genérico de recurrir al ejercicio de la coacción demanda el recurso al medio eficaz menos lesivo para los intereses de los ciudadanos afectados por la intervención policial. Con otras palabras: solo será obligatoria la acción lesiva que constituya el medio eficaz menos lesivo para cumplir con las funciones públicas encomendadas al agente. Dado que la lógica punitiva o de retorsión es ajena por completo al fundamento del deber de intervención de los agentes de policía, cualquier ejercicio de violencia que exceda de ese mínimo imprescindible para conjurar un peligro será ilegítimo, con independencia del mal que se conjure o del delito previo cometido.

Ante una pluralidad de agentes perturbadores igualmente competentes por el peligro, siendo posible escoger frente a quién se dirige la acción coactiva, es el mandato de efectividad el principio que ha de inspirar la elección del obligado.<sup>63</sup> En todo caso, los medios eficaces que sirven para conjurar un peligro repercutiendo los costes de solución del conflicto en la generalidad no han de considerarse necesariamente medios idóneos menos lesivos.<sup>64</sup> Y, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de legítima defensa de particulares, donde la inhabilidad del agredido que se defiende, sumada a la responsabilidad del agresor por el conflicto, invitan a interpretaciones laxas del criterio de la necesidad concreta,<sup>65</sup> en el caso de los agentes de policía, especialmente instruidos para el uso de la fuerza, sí es exigible un respeto escrupuloso de tal criterio, siendo ilegítimo el uso de cualquier medio más lesivo de los disponibles para conjurar eficazmente el peligro en cuestión. El consolidado recurso a la eximente incompleta para atenuar el castigo del agente de policía que incurre (dolosamente) en un exceso intensivo resulta en esta medida criticable.<sup>66</sup> El agente de policía que, consciente de la falta de necesidad concreta

<sup>62</sup> Al respecto, con ulteriores referencias, cfr. OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 524; y en el Derecho de policía alemán, THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 181; o PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 10, nm. 25 y ss.

<sup>63</sup> Sobre la elección entre varios sujetos responsables por el peligro llamados a soportar la intervención, cfr. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 88.

<sup>64</sup> Vid. GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., § 6, nm. 398. El recurso a los intereses de terceros ajenos al peligro para su conjura solo procede cuando sea imposible hacerlo a costa del responsable del peligro, incluso cuando los terceros puedan conjurarlo con un nivel de sacrificio propio menor al que habría que exigirle al responsable del peligro. Al respecto, cfr. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 74.

<sup>65</sup> Al respecto, vid. solo JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 12/30 y ss., 12/38.

<sup>66</sup> El recurso a la eximente incompleta ante excesos intensivos es ampliamente aceptado en la doctrina y jurisprudencia españolas. En este sentido, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 498, nm. 27; OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 521, pp. 561 y ss.; o la reciente STS 1 de abril de 2016, ponente Maza Martín; con anterioridad, STS 15 de enero de 2003, ponente Soriano Soriano. En cambio, crítico con la aplicación de la eximente incompleta en casos de violencia dolosa necesaria no proporcionada, vid. CARBONELL MATEU, «Art. 20.7º», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I, 1996, p. 195.

de golpear severamente a quien ha de ser detenido, procede de tal modo no merece en mi opinión rebaja alguna de pena, por mucho que fuera preciso un mínimo uso de la coacción jurídica para practicar la detención (necesidad abstracta). E igualmente ha de quedar vedada con carácter general la exculpación por miedo insuperable de los excesos en el uso de la violencia en los que puedan incurrir los agentes de policía.<sup>67</sup> A éstos, a diferencia de lo que acontece con los particulares, cabe exigirles que se mantengan fieles a los estándares objetivos de comportamiento también en situaciones críticas en las que resulta necesario el recurso a la fuerza para cumplir con su deber.

4. Finalmente, a diferencia de lo que acontece en los casos de legítima defensa, el deber de los agentes de policía, en tanto que ejercicio coactivo del poder ejecutivo, queda vinculado asimismo al principio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>68</sup> Aun siendo imprescindible el recurso a la violencia para cumplir con una específica función policial, sin que exista un medio eficaz menos lesivo que el que se representa el agente, éste quedará liberado de toda obligación de actuar cuando el interés a lesionar,<sup>69</sup> a imagen y semejanza de lo que acontece en las situaciones clásicas de estado de necesidad (defensivo), prepondere de forma esencial sobre el interés privado o público que se pretende salvaguardar con la intervención policial.<sup>70</sup> *Sensu contrario*, esto significa que el ordenamiento impone en ocasiones a un particular o a la generalidad un deber de tolerar el comportamiento antijurídico del agresor, en

<sup>67</sup> En este sentido, VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, pp. 365 y ss.

<sup>68</sup> Al respecto, vid. CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I, 1996, pp. 193 y s.; y en el Derecho de policía alemán, THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 184 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>69</sup> Entendido éste a partir de la toma en consideración de los bienes jurídicos en juego, la probabilidad y la intensidad de lesión esperable. Al respecto, en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 331 y ss., con múltiples referencias a la doctrina.

<sup>70</sup> Sobre la intensidad de lesión justificable en estado de necesidad defensivo, cfr. COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 4 y ss., con múltiples referencias. En el Derecho de policía, la concreta relación en la que han de encontrarse los intereses en juego para que no llegue a nacer el deber resulta controvertida. Mientras que en la discusión alemana se alude con frecuencia a la vaga fórmula de la “relación fin-medio”, de modo que el daño producido por el agente no podría ser desproporcionado respecto del evitado (cfr. THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 184; o WÜRTEMBERGER/HECKMANN/TANNEBERGER, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 7ª ed., 2017, § 5, nm. 374); en la doctrina española es común la afirmación según la cual la lesión o puesta en peligro de los intereses por parte del policía no podría ser mayor que el mal que se pretende evitar con la intervención. Así, p. ej., OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 525 y s.; o LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 25/88. En mi opinión, también una acción lesiva de un interés superior al salvaguardado puede ser proporcional a estos efectos. Dado que se trata de un agresor responsable, como mínimo en un sentido débil, le compete a él primariamente asumir los costes de solución del conflicto, por lo que solo la extrema preponderancia de su interés hará decaer el deber policial de intervención lesiva. En un sentido parecido, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 498, nm. 28; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, pp. 265 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, p. 25; o la SAP Cádiz, de 31 de mayo de 2011, ponente Gutiérrez Luna, justificando el homicidio (imprudente) del agente que pone fin a una peligrosa persecución.

la medida en que el daño que amenaza solo podría ser conjurado provocándole al agente perturbador uno desproporcionadamente superior.<sup>71</sup> En definitiva, ante grandes desproporciones entre los intereses en conflicto, el deber estatal de no injerencia del Estado se impone frente al positivo de protección, ello pese a que el protegido por el deber negativo de no injerencia es responsable, como mínimo en un sentido lato, por la situación de conflicto. Así pues, no cabe —con carácter general— legitimar deberes de intervenir coactivamente para evitar hechos antijurídicos de escasa trascendencia material, del mismo modo que el deber de protección del agente de policía decae cuando la conjura de daños de gravedad intermedia (afectaciones patrimoniales) exija injerencias lesivas severas (homicidio, graves lesiones físicas).<sup>72</sup>

Sentado todo lo anterior, y retomando el ejemplo de partida presentado al inicio de este trabajo, cabe afirmar ahora que el agente de policía que solo puede evitar la muerte de un inocente disparando al agresor está efectivamente obligado a hacerlo. Dadas las circunstancias, el margen de discrecionalidad del agente de policía queda reducido a cero, siendo obligado recurrir entonces al arma de fuego como el único medio necesario y eficaz al alcance del agente de policía para cumplir con su deber genérico de protección. Dada la inminencia del peligro para la vida de un ciudadano no hay razón que justifique reconocer todavía al agente de policía un margen de discrecionalidad que pudiera amparar su inactividad. Y dado que está en juego la vida de un inocente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto no se opone tampoco a la intervención policial lesiva obligatoria.<sup>73</sup> Quien admita esta conclusión, habrá de preguntarse acto seguido por la valoración jurídico-penal que amerita la omisión del agente de policía que en tales circunstancias permanece completamente inmóvil. La respuesta a esta compleja pregunta depende, básicamente, de cuál sea la concreta naturaleza (o especie) del deber jurídico-penal que obliga al agente de policía a disparar su arma para evitar la muerte del sujeto necesitado. A dar respuesta a esta cuestión se dedica el próximo apartado.

### **3. Sobre la naturaleza jurídico-penal de los deberes policiales de evitación del delito**

#### *3.1. Breve examen del estado de la discusión en la doctrina alemana y española*

Admitido que en el ejemplo arriba propuesto el agente de policía queda obligado a efectuar el disparo salvador, resulta necesario concretar cuál es la naturaleza jurídica del deber que infringe el agente que permanece completamente inmóvil.

<sup>71</sup> Cfr. MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 123.

<sup>72</sup> Sobre el carácter excepcional del recurso a la fuerza ante hechos antijurídicos que suponen un riesgo mínimo de afectación permanente a derechos fundamentales, p. ej., en los supuestos de resistencia pasiva a la orden de disolución de una manifestación, con detalle, TERRADILLOS BASOCO, en RUIZ RODRÍGUEZ (ed.), *Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial*, 2016, pp. 148 y s.

<sup>73</sup> Sobre la legitimidad de un deber de tirar a matar, cfr. *infra* 4.

Dejando desde este momento a un lado la cuestión de la responsabilidad administrativa derivada de la falta disciplinaria en cuestión,<sup>74</sup> así como la eventual responsabilidad civil (del funcionario o subsidiaria de la Administración) frente a la víctima injustamente abandonada a su suerte,<sup>75</sup> se trata en lo que sigue de valorar únicamente la relevancia jurídico-penal de la omisión del agente de policía. Más concretamente, lo pretendido es analizar si el resultado de muerte provocado por el agresor le es imputable al agente de policía en comisión por omisión o si éste, en cambio, tan solo habría de responder por la infracción de deberes penales de segundo rango, básicamente, los sancionados en el caso español en los arts. 412.3 CP (denegación de auxilio) y 450 CP (infracción del deber de impedir delitos).

Bien mirado, esta controvertida cuestión de dogmática penal constituye una manifestación específica de un problema de teoría política de hondo calado, a saber: la concreta relación jurídica en la que se encuentran con carácter general el ciudadano y el Estado cuando aquél es agredido por otro particular.<sup>76</sup> La jurisprudencia y doctrina mayoritaria en Alemania atribuyen a los agentes de policía —de servicio y en el ejercicio de sus funciones (con competencia territorial y material)— una auténtica posición de garantía jurídico-penal. Asumida la reducción a cero del margen de discrecionalidad del funcionario, el resultado del delito no evitado le es imputado en comisión por omisión.<sup>77</sup> Y ello con independencia de la específica relación que medie en el caso concreto entre el ciudadano y el Estado. En el ejemplo que sirve aquí de referencia, el policía que no dispara al sujeto que amenaza

<sup>74</sup> Según el art. 7.9 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, la omisión de urgente auxilio, en aquellos hechos o circunstancias graves en que sea obligada su actuación o cuando se trate de un compañero en peligro, constituye una falta muy grave. El art. 11 de la misma Ley establece que las sanciones a imponer por faltas muy graves son: la separación del servicio, la suspensión de empleo desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años y la pérdida de puestos en el escalafón. De forma análoga, el art. 7. f) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, establece que el abandono de servicio, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior dicho abandono, constituye falta muy grave. Según el art. 10 de dicha Ley, las sanciones que pueden imponerse en tales casos son: la separación del servicio, la suspensión de funciones desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años y el traslado forzoso.

<sup>75</sup> Vid. p. ej., MCCABE, «Police Officers' Duty to Rescue or Aid: Are They Only Good Samaritans?», *California Law Review*, (72:4), 1984, pp. 661 y ss. Sobre la responsabilidad civil derivada del uso inadecuado de armas de fuego, con detalle, LLOVERAS I FERRER, «Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía», *InDret*, (1), 2000, pp. 1 y ss.; y ALONSO PÉREZ, *Diario La Ley*, (5545), 2002, pp. 7 y ss.

<sup>76</sup> Así, KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, § 18, nm. 83: ¿Es el propio ciudadano el primariamente competente por su autoprotección (legítima defensa, estado de necesidad, autotutela), de modo que el Estado no sería el garante (original) de la evitación de delitos, o más bien es el Estado el competente primario y, por lo tanto, garante, de modo que los derechos privados de defensa constituirían meras potestades subsidiarias cuando aquél fallara en su misión de defensa del particular? Advierten igualmente la dimensión teórico-estatal del problema, ZACZYK, «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», *FS-Rudolphi*, 2004, p. 363; y entre nosotros, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 41 y s.

<sup>77</sup> *Pars pro toto*, ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32, nm. 87, n. 139; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/76 y ss., 77d y ss.; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 30 y ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 609 y ss., 612 y ss.; PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 18, n. 18, pp. 15 y ss., con múltiples referencias doctrinales. Un clarificador análisis de la discusión en GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana», *ADPCP*, (50), 1997, pp. 81 y ss.

con acabar con la vida de su ex mujer es, pues, responsable del homicidio, quedando entonces tan solo por dilucidar el título de intervención delictiva por el que castigar al policía omitente: autor (accesorio o paralelo) o partícipe en el delito no impedido.<sup>78</sup>

Dicha posición de garantía se trata de fundamentar de diversos modos: unas veces recurriendo al acto de asunción del policía que libremente decide enrolarse en la institución estatal;<sup>79</sup> en otras, con base en la confianza legítima que despierta en el ciudadano la institución policial misma<sup>80</sup> y, en no pocas ocasiones, como una consecuencia forzosa de la renuncia del particular al ejercicio privado de la violencia como presupuesto constitutivo del Estado.<sup>81</sup> El tránsito del estado de naturaleza al estado civil precisaría de la renuncia del particular al ejercicio privado de la violencia que, a modo de contraprestación, obtendría entonces por parte del Estado un compromiso de protección. Esta función estatal no sería, pues, una más, “sino propiamente el cometido fundamentalísimo del Estado”.<sup>82</sup> Éste, a su vez, delegaría su tarea en funcionarios policiales que quedarían obligados frente a los particulares amenazados con auténticos deberes de garante que, a su vez, encontrarían su correlato en el derecho subjetivo de cada ciudadano —frente al Estado y sus representantes— a ser protegido ante hechos potencialmente lesivos para sus intereses. El fundamento de este deber de garante sería incuestionable, los problemas, más bien, surgirían a la hora de concretar el alcance del deber de protección y el grado de inversión o sacrificio exigible al Estado (y a sus funcionarios) para su cumplimiento.<sup>83</sup>

Esta tesis, aunque mayoritaria, no es unánime en la doctrina alemana. El principal argumento esgrimido en contra de imponer a los agentes de policía deberes de garante jurídico-penales guarda asimismo relación con el concreto vínculo jurídico que mediaría entre el Estado y sus ciudadanos. A éste sería ajena la relación de dependencia característica de toda posición de garantía, pues el ciudadano goza, tanto desde una perspectiva fáctica como normativa (legítima defensa, estado de necesidad y autotutela), de amplias facultades de defensa con las que hacer frente a

<sup>78</sup> Cfr. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, pp. 3 y s., con referencias en un sentido y otro. Sobre la problemática delimitación de las figuras de autoría y participación en el delito omisivo, en profundidad, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 35 y ss., 55 y ss.; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp. 8 y ss.

<sup>79</sup> En este sentido, vid. KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, § 18, nm. 86 y s.

<sup>80</sup> Así, claramente, OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», *JURA*, 1985, p. 597; OTTO, *Manual de Derecho Penal*, 2017, § 9, nm. 64, 68.

<sup>81</sup> Cfr. entre otros, PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 18; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/77d; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 30 y ss.; o ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32, nm. 93 y ss., acentuando el carácter *real* de la renuncia del particular a medidas de protección en la legítima confianza de que el Estado cumplirá con su misión.

<sup>82</sup> Vid. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, pp. 15 y ss.; GAEDE, «§ 13», *NK*, 5ª ed., 2017, nm. 64; o ya antes, vid. SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 160 y ss.

<sup>83</sup> En este sentido, muy claro, WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 30.

los ataques que ponen en peligro sus bienes.<sup>84</sup> Esto es, el propio ciudadano sería competente primario por su autoprotección frente a las agresiones de terceros, mientras que los funcionarios policiales solo lo serían por la protección del orden y de la seguridad públicas, siendo el deber positivo de proteger los bienes jurídicos de los particulares un mero efecto reflejo o secundario de ese deber primario.<sup>85</sup> Así pues, más allá de ciertas relaciones de sujeción especial no habría espacio para una genérica posición de garante (de custodia) del Estado y sus funcionarios cuando un tercero amenaza con menoscabar los bienes de un particular.<sup>86</sup> O lo que es lo mismo, ningún ciudadano podría dar por descontado el actuar del Estado en defensa de sus intereses, pues en su haz de derechos (subjetivos) no se integraría, a diferencia de lo que sucede en la relación de garantía entre el hijo y el padre, una pretensión de amparo de sus bienes jurídicos amenazados de la máxima intensidad normativa.<sup>87</sup> Así las cosas, el policía que durante su ronda habitual no evita que un ciudadano mate a otro, pese a estar obligado a actuar, no sería en ningún caso responsable del delito de homicidio no evitado, a lo sumo, estaría infringiendo deberes de solidaridad análogos a los sancionados —en el caso alemán— en los §§ 138 y 323c StGB.<sup>88</sup>

La respuesta a la pregunta que aquí nos ocupa es todavía más compleja si cabe en el marco del ordenamiento jurídico español. Y es que, al problema de la fundamentación del deber de garante del policía, se suma el de cómo tratar estos supuestos en caso de negar la posición de garantía, a tenor de la confusa y profusa regulación española de los tipos omisivos puros potencialmente aplicable.<sup>89</sup> Aunque la doctrina mayoritaria en España, a diferencia de la alemana, niega una posición de garantía genérica del policía frente al particular que es víctima de una agresión delictiva,<sup>90</sup> el tratamiento de estos supuestos dista con mucho de ser pacífico. Y es

<sup>84</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c; o ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 368. En cambio, vid. WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 30, para quien la idea del ciudadano capaz de autodefenderse sería incompatible con la realidad del día a día.

<sup>85</sup> Así, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 356 y s., n. 73

<sup>86</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c.

<sup>87</sup> Así, ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 368 y s.

<sup>88</sup> En este sentido, SCHÜNEMANN, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss.; o RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c. Para JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/77d, en cambio, «si como algunos asumen, el Estado solo estuviera obligado como cualquier particular por los §§ 138, 323c StGB se estaría privando a la renuncia de los ciudadanos de su base negocial: *oboedientiae finis est protectio* (Hobbes, Leviathan Capítulo 21)».

<sup>89</sup> Para un panorama general de estos tipos delictivos, vid. RUBIO LARA, «Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y de sus responsables (art. 408 del Código penal)», *La Ley Penal*, (47), 2008, pp. 1 y ss.

<sup>90</sup> En este sentido, cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 327, nm. 36; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 31/145; SILVA SÁNCHEZ, «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario», *ADPCP*, (44), 1991, pp. 563 y ss.; EL MISMO, «Aspectos de la comisión por omisión», *CPC*, (38), 1989, pp. 368 y ss.; ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 123; o VACCHELLI, *InDret*, (4), 2017, pp. 8 y s., n. 18. De forma no concluyente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RDPC*, (2), 2009, pp. 140, 155: «Los argumentos en pro y en contra de tal posibilidad carecen de poder de convicción como para fundamentar una decisión favorable o contraria». Sí admite la posición de

que, en primer lugar, el art. 176 CP equipara penológicamente a la comisión activa la omisión de la autoridad o funcionario que no impide de forma contraria a deber la comisión de alguno de los delitos contra la integridad moral regulados en los arts. 173 y ss. CP.<sup>91</sup> Resulta difícil, cuando no imposible, explicar por qué un agente de policía sí estaría obligado —como garante— a evitar un delito de violencia familiar ex art. 173.2 CP, pero no, en cambio, un delito de homicidio o una violación. ¿Es el art. 176 CP una prueba más de la necesidad de una tipificación expresa del deber de los agentes de policía para hacerles responder en comisión por omisión o es más bien un punto de anclaje material para fundamentar una generalización ex art. 11 CP de la posición de garantía de tales funcionarios públicos?

En segundo lugar, el legislador español ha incurrido en una incomprensible antinomia axiológica a la hora de sancionar la infracción del deber genérico de impedir un delito, regulado en el art. 450 CP y para el que se prevé una pena de prisión de hasta dos años si el delito impedido fuera contra la vida; y el delito de denegación de auxilio del art. 412.3 CP, que castiga a la autoridad o funcionario público que se abstuviera de evitar un delito contra la vida de las personas con una pena de multa de dieciocho a veinte e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.<sup>92</sup> El delito (aparentemente) común se castiga, pues, más severamente que el delito especial, siendo no pocos los obstáculos que impiden

garantía LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, pp. 138 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 2ª ed., 1999, p. 560, nm. 1149; y FEJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Diario La Ley*, 22430/2001, p. 10. Y claramente en favor de una posición de garantía genérica del policía, vid. DIAS, *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, pp. 388 y ss. Por el contrario, si se admite con carácter general en la doctrina y jurisprudencia españolas la posición de garantía del agente de policía por el delito cometido por un segundo agente sobre una persona detenida o en trance de serlo. Para un clarificador análisis jurisprudencial de los distintos intentos de fundamentación, vid. solo TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «¿Y si el Sheriff Calder hubiera permitido el linchamiento de Bubber Reeves? La Jauría Humana y el funcionario policial como garante de la evitación de delitos», en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, pp. 863 y ss.

<sup>91</sup> Sobre la naturaleza y sentido del art. 176 CP, vid. p. ej., LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo III. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal, PE*, v. II, 1998, pp. 94 y ss., que ve en el art. 176 CP un modo de «aclarar cualquier duda existente acerca de la responsabilidad por omisión de las autoridades y funcionarios públicos por atentados ajenos a la integridad moral». El origen del deber de garantía de ciertas autoridades y funcionarios respecto de la integridad moral de las personas sería, siempre según LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ob cit.*, p. 95, «la propia asunción de su cargo y la anudación *ex lege* al mismo de ciertos deberes». Para un análisis jurisprudencial de la responsabilidad omisiva ex art. 176 CP del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, pp. 865 y ss.

<sup>92</sup> Al respecto, en profundidad, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RDPC*, (2), 2009, p. 140, pp. 147 y ss., señalando que “el sistema formado por los artículos 412.3 y 450 se hace acreedor a los calificativos de inexplicable e incoherente”. De idéntica opinión, cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, pp. 872 y s., p. 880, aludiendo a un “entramado enormemente complejo de preceptos relativos a omisiones funcionariales ante el delito, cuyo ensamblaje coherente entre sí y con la cláusula general del art. 11 coloca al interprete ante una tarea francamente diabólica”.

castigar a los agentes de policía conforme al art. 450 CP.<sup>93</sup> Por un lado, a ello parece oponerse el tipo subsidiario de denuncia del art. 450.2 CP, que impone la obligación de acudir a la autoridad o a sus agentes, lo que presupondría, en definitiva, que el sujeto activo del delito es un particular.<sup>94</sup> Por otro lado, el art. 450 CP alude al sujeto que “pudiendo hacerlo” no impidiere el delito, siendo que los funcionarios, a diferencia de los particulares, no *pueden*, sino que *deben* impedir el delito.<sup>95</sup> Y, finalmente, resulta que la incardinación en el art. 450 CP de la omisión del agente de policía constituiría *de facto* una interpretación prácticamente abrogatoria del art. 412.3 CP, precepto que castiga la omisión de evitar el delito —tan solo— cuando el obligado es requerido por un particular a prestar auxilio.<sup>96</sup>

Por último, a los dos problemas acabados de referir se suma todavía un tercero: el art. 408 CP castiga también la omisión de la autoridad o funcionario público de promover la persecución de los delitos. Pese a que la evitación del delito no consumado pareciera quedar fuera del tipo del art. 408 CP, lo cierto es que los tribunales españoles han recurrido al mismo en no pocas ocasiones para sancionar la omisión del agente de policía que permite pasivamente la consumación de un hecho ilícito.<sup>97</sup> Adviértase además que dicho precepto prevé igualmente una mera pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo máximo de dos años,<sup>98</sup> con lo que la antinomia axiológica referida entre las penas de los arts. 412.3

<sup>93</sup> En favor de la exclusión de los agentes de policía del círculo de autores del art. 450 CP, cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RDPC*, (2), 2009, p. 148. Esta misma interpretación es asumida, p. ej., en la SAP Sevilla de 8 de marzo de 2012, ponente Echávarri García: “Entendemos que sujeto activo del delito [art. 450 CP] puede ser cualquier persona o ciudadano, que no sea un funcionario público, miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que por razón de su cargo está obligado a la persecución de hechos delictivos, es decir podrá ser sujeto activo toda persona, menos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y ello por el principio de especialidad, quedando incardinada la conducta omisiva respecto a estos últimos, en otros tipos penales específicos tales como el artículo 408 del C.P. ó en su caso el artículo 412.3 CP del mismo Cuerpo Legal”. En un sentido similar, se afirma en la STS 28 de noviembre de 2013, ponente Soriano Soriano, que en “el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos se castiga la *genérica insolidaridad de los ciudadanos* que, pudiendo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir el delito de otro, no lo hacen conscientemente” [cursiva propia]. En la misma línea se pronuncia la STS 10 de marzo de 2016, ponente Del Moral García, donde se sostiene que el “deber de quien está integrado en alguna de las fuerzas y cuerpos de seguridad está intensificado y por eso no puede su conducta quedar relegada a la tipicidad genérica del art. 450 CP”. En cambio, vid. SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, 1999, pp. 50 y s., quien incluye en el círculo de sujetos activos del art. 450 CP a quien ostenta la condición de autoridad o funcionario público, abogando por imponer a éstos la pena superior dentro del marco legal previsto.

<sup>94</sup> Salvo que se esté dispuesto a aceptar que un agente de policía queda obligado a “acudir a la autoridad o a sus agentes”. Al respecto, descartando esta posibilidad, cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RDPC*, (2), 2009, p. 148; y en un sentido parecido, RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos*, 2003, pp. 212 y s., quien sin embargo sí considera al policía sujeto activo del art. 450.1 CP.

<sup>95</sup> En este sentido, RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos*, 2003, p. 210, con ulteriores referencias.

<sup>96</sup> Cfr. RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos*, 2003, p. 209.

<sup>97</sup> Así, p. ej., en la STS 17 de diciembre de 2009, ponente Varela Castro, se castiga conforme al art. 408 CP al agente de la Guardia Civil en servicio aduanero que permite —al guardar secreto sobre el hallazgo— la consumación de un delito de contrabando.

<sup>98</sup> Vid. RUBIO LARA, *La Ley Penal*, (47), 2008, p. 5, para quien la pena de dicho precepto es ridícula, en

y 450 CP no puede tampoco solucionarse recurriendo al art. 408 CP para castigar al funcionario público que no evita la comisión de un hecho delictivo.

### 3.2. *El deber policial de impedir delitos como un deber de competencia preferente*

Hasta donde alcanzo, tiene razón Pawlik cuando afirma que el Estado, representado por sus funcionarios, en especial, los policiales, es el portador primario del cometido de impedir delitos.<sup>99</sup> Cabe igualmente afirmar con el referido autor que la prevención y evitación del delito no constituyen una tarea más del Estado, sino su “cometido fundamentalísimo”.<sup>100</sup> Sin embargo, todo ello no significa necesariamente que un concreto agente de policía esté obligado a conjurar hechos delictivos por un genérico deber de garante, ni siquiera en el marco del efectivo ejercicio de sus amplias funciones policiales.<sup>101</sup>

En mi opinión, el discurso al uso esbozado en Alemania para fundamentar la posición de garantía del policía descansa sobre una problemática derivación directa del deber de garante del concreto funcionario policial de la misión general del Estado de garantizar la seguridad. Dado que es al Estado al que le compete evitar el delito, sus funcionarios públicos, en especial, los agentes de policía, estarían siempre obligados a precaverlo por deberes de la máxima intensidad jurídico-penal. Este razonamiento, sin embargo, desconoce por completo que es el Estado en su conjunto el primariamente obligado a ello y que el derecho de protección del individuo nace, por consiguiente, frente al Estado en su conjunto, no solo frente al poder ejecutivo, sino también frente al legislativo y judicial.<sup>102</sup> Como ha señalado Zaczek, quien pretenda derivar directamente de esta función genérica del Estado concretos deberes de garante de los funcionarios policiales habría de hacer lo propio, por ejemplo, con los responsables públicos que deciden sobre la dotación presupuestaria del cuerpo mismo de policía.<sup>103</sup> Es más, en la medida en que van ensanchándose en su alcance y multiplicándose en su número los deberes positivos estatales reconocidos,<sup>104</sup> habrían de ser también multitud (y cada vez más) los agentes públicos, tanto del poder ejecutivo como del legislativo, que quedarían obligados por deberes de garante derivados de forma inmediata del deber estatal de protección. La infracción de tal obligación, manifestada por ejemplo en deberes de

especial, si se la compara con la que se impondría a los particulares que faltan a la obligación de denuncia (art. 450.2 CP).

<sup>99</sup> Cfr. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 14.

<sup>100</sup> Vid. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 18.

<sup>101</sup> Lo advierte con razón LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 137.

<sup>102</sup> En este sentido, ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 367.

<sup>103</sup> Cfr. ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 367 y s.; RUDOLPHI, «Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen», *FS-Dünnebier*, 1982, p. 580. Una réplica no convincente contra este planteamiento en SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 162.

<sup>104</sup> Sobre el proceso expansivo del deber estatal de protección en la jurisprudencia del TEDH, cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 3 y ss.; o KLATT, «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *ZaöRV*, (71), 2011, pp. 691 y ss.

incriminación, de dotación presupuestaria para la investigación, o de adopción de medidas legislativas tendentes a la inocuización de sujetos peligrosos no responsables legitimaría la imputación automática a los responsables de la infracción del deber positivo estatal del resultado delictivo no impedido.<sup>105</sup>

Ello, sin embargo, no resulta de recibo, no solo porque es irrazonable pretender establecer una relación de garantía en el sentido jurídico-penal entre todo funcionario público con capacidad mediata o inmediata de evitar un delito (poder legislativo, ejecutivo y judicial) y un ciudadano particular, sino —y esta es la razón fundamental— porque el derivar deberes de garante de la misión general del Estado de evitar el delito margina por completo en su proceso de legitimación la posición jurídica del agente particular al que se obliga.<sup>106</sup> Es decir, la relevancia de la misión estatal puede efectivamente legitimar que determinados funcionarios policiales queden obligados de forma especial a evitar hechos delictivos, pero ello no justifica *pe se* que un agente de policía quede vinculado por un deber jurídico-penal de la máxima intensidad posible a evitar siempre y en todo momento la realización de hechos delictivos.<sup>107</sup> En pocas palabras, del carácter fundamental de una misión estatal, en este caso, la seguridad interior, no se deriva automáticamente que todos los funcionarios públicos destinados funcionalmente a tal misión estén siempre obligados por expresiones obligaciones de la máxima intensidad, esto es, por deberes de garante. Para ello, hace falta todavía algo más.

Dicho plus, que permite efectivamente la legitimación de una posición de garantía jurídico-penal, ha de ser —en el marco de un ordenamiento liberal como el nuestro— el propio grado de auto-vinculación del sujeto a la postre obligado. A mayor ejercicio de autonomía al que reconducir el nacimiento de la obligación, mayor podrá ser su intensidad normativa.<sup>108</sup> No cabe, pues, fundamentar una posi-

<sup>105</sup> Un análisis de las distintas manifestaciones particulares del referido deber estatal de protección en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, (3), 2016, pp. 11 y ss. Sobre su fundamento y estructura, vid. p. ej., FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, 2008, pp. 9 y ss., 65 y ss.

<sup>106</sup> Sobre el principio de auto-vinculación como dato esencial para la determinación del rango normativo del deber que se impone a un agente y crítico con la fundamentación de posiciones de garantía jurídico-penales con base en la supuesta relevancia social de la institución, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 276 y ss. Esta es la razón por la que pese a tener razón PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 17, cuando afirma que la evitación del delito constituye el núcleo del núcleo de los cometidos estatales, no cabe derivar de ahí directamente la legitimidad del castigo del policía en comisión por omisión. Vid. en cambio, DIAS, *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, p. 393, quien trata igualmente de legitimar la “fuerza” de la obligación de garante del policía directamente del carácter esencial de la institución a la que sirve.

<sup>107</sup> En este sentido, en detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 280 y s., con ulteriores referencias. Como aquí, como mínimo en las consecuencias, cfr. RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c. Si no voy errado, a este problema es también al que se refiere LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 136, cuando señala que «[f]rente al doble peso de la utilidad en la constitución del deber y la justicia en su distribución, en la generación de los deberes estatales de protección sólo presenta la misma solidez el primero de los componentes de la legitimación, lo que debe llamar a la cautela en su imposición».

<sup>108</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 107 y ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57; en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 281 y ss. En general, sobre el principio de autodeterminación como clave de

ción de garantía jurídico-penalmente relevante por remisión directa a un deber positivizado de evitación del delito como, por ejemplo, el del art. 5.2 a) LOFCS.<sup>109</sup> Y tampoco los argumentos materiales usualmente esbozados en la doctrina alemana a tal fin resultan convincentes. Ni el vago recurso a la teoría del contrato social,<sup>110</sup> ni la alusión al carácter voluntario del ingreso del agente en el cuerpo policial son razones suficientes para imponer a un funcionario un deber genérico de evitación del delito de la máxima intensidad.<sup>111</sup> Más bien, es imprescindible identificar un concreto acto libre e individualizado de asunción —la mayor de las veces tácita— de una específica función de conjura de un peligro.<sup>112</sup> Es preciso, en definitiva, que el agente de policía reactualice de forma individualizada su compromiso general y previo vinculado a la aceptación del cargo frente a un peligro determinado y actual. Solo este segundo acto de libertad permite legitimar la imposición al agente de un deber de la máxima intensidad, cuya infracción da pie a la imputación al agente del resultado no evitado en comisión por omisión.<sup>113</sup>

bóveda del sistema penal moderno, vid. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 9, 41.

<sup>109</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 327, nm. 36; o TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, pp. 870 y s., 879, para quien el delito de denegación de auxilio del art. 412.3 CP sería un argumento de *lege lata* decisivo contra la tesis formalista que admite la posición de garantía por la mera constatación de la existencia de deberes extrapenales.

<sup>110</sup> A diferencia de lo sostenido por PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 188; y ya antes, por SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 161, no creo que en la mera subordinación general del particular frente al poder del Estado quepa advertir un acto de desprotección como respuesta lógica al compromiso protector del Estado equiparable al que se exige clásicamente para la fundamentación de una posición de garantía negativa por asunción. Más bien, la realidad muestra como la propia existencia de la institución policial no empece la expansión progresiva — respaldada en la mayoría de las veces por los mismos Estados— de medidas privadas de autoprotección (guardias de seguridad, sistemas de video-vigilancia y alarma, patrullas vecinales...) Es más, difícilmente cabe comprender la propia política de seguridad nacional de un Estado actual al margen de la intervención de determinados agentes privados. De esto da cuenta de forma paradigmática el Preámbulo de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada: «Cada vez más, la seguridad privada se considera una parte indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la sociedad y a la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos». En este mismo sentido, vid. además RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c, quienes hacen referencia igualmente al hecho de que el ciudadano conserva también en el estado civil sus derechos privados de defensa. En cambio, cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/77d, n. 156a: «La »relación especial de dependencia que *Rudolphi* busca, surge al entrar en el estado civil».

<sup>111</sup> Parece entenderlo así, en cambio, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal, PE*, v. II, 1998, p. 95; y EL MISMO, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 138: la posición de garantía del funcionario policial se derivaría del propio monopolio estatal de la violencia.

<sup>112</sup> En un sentido parecido, vid. ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 367 y s.; RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c.

<sup>113</sup> En este sentido, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, (38), 1989, p. 376; y en los últimos tiempos, ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 125. Hasta donde alcanzo, la exigencia de un acto de libertad del agente de policía para fundamentar la imposición del deber de garante no altera la naturaleza positiva del deber que le obliga. Mientras que la asunción como fuente de deberes de garante negativos se explica por la confianza que despierta el compromiso en el agente garantizado (así SILVA SÁNCHEZ, *ob cit.*, p. 376), la naturaleza del deber del agente de policía es independiente de la reacción que su concreto acto de libertad pueda tener en los ciudadanos protegidos. Lo apunta con razón PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 15, n. 50; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 188. Con un ejemplo: el policía que participa en una operación para liberar rehenes no provoca al subirse al furgón policial en dirección al banco que ningún

Así pues, ha de descartarse la extendida tesis según la cual los agentes de policía están obligados por deberes de garante a evitar cualquier hecho delictivo del que tengan conocimiento.<sup>114</sup> La relación de un agente de policía y un ciudadano particular no está definida con carácter general, a diferencia de lo que sucede por ejemplo entre la madre que asume la custodia del hijo recién nacido, por un derecho subjetivo del particular que encuentra su reflejo en un deber de garante del funcionario policial.<sup>115</sup> Esto, evidentemente, tampoco significa que no quepa fundamentar en ningún caso la imposición a un policía de auténticos deberes de garante.<sup>116</sup> Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sí están obligados por tales deberes, por ejemplo, respecto de las posibles lesiones que un particular inflija al sujeto detenido —o en trance de estarlo— bajo su custodia. En la práctica de la detención, incluso cuando sea obligatoria, sí cabe advertir un ejercicio de autonomía suficiente como para fundamentar en la relación individual agente-detenido una auténtica posición de garantía jurídico-penal.<sup>117</sup> Y lo mismo cabe afirmar, por ejemplo, respecto del agente de policía de un cuerpo especial que toma parte en un dispositivo concreto para liberar los rehenes capturados en un banco. Si durante el asalto al banco advierte cómo uno de los secuestradores se dispone a disparar a un

rehén se desproteja. Sin embargo, su deber de naturaleza positiva alcanza aquí el rango de deber de competencia plena (de garante), pues es posible advertir un acto específico de libertad más allá de la mera entrada inicial en la institución policial. En la medida en que lo relevante a la hora de castigar al omitente no es el fundamento positivo o negativo del deber, sino su especie (deber de garante, de competencia preferente o de competencia mínima), el planteamiento aquí acogido conduce a idénticos resultados que el de quienes, como ROBLES PLANAS, *ob cit.*, pp. 123 y ss., fundamentan de forma puramente negativa (por asunción) la posición de garante del agente de policía.

<sup>114</sup> Como aquí, sin ánimo de exhaustividad, RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c y 54d; y ZACZYK, *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 366 y ss.; GÜRBÜZ, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, 1997, pp. 181 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 356; IMMEL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, 1987, pp. 183 y s.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 362 y s.; EL MISMO, *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss.; GRÜNWALD, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStW*, (70), 1958, pp. 425, 428; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44), 1991, pp. 563 y ss.; EL MISMO, *CPC*, (38), 1989, pp. 368 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 31/145; ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 123; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, p. 872; recientemente, VACCHELLI, *InDret*, (4), 2017, pp. 8 y s., n. 18.

<sup>115</sup> Hasta donde alcanzo, esta conclusión no es incompatible con la regulación del art. 176 CP. Solo responderá ex art. 176 CP aquel agente de policía que sea efectivamente garante de la evitación del resultado conforme al criterio material de fundamentación de una posición de garante aquí esbozado. La mera condición de agente de policía en el ejercicio de funciones públicas no es, pues, condición suficiente. Así las cosas, el agente que contempla durante su ronda rutinaria cómo un sujeto ejerce violencia física sobre su cónyuge (art. 173.2 CP) no responde en comisión por omisión por las lesiones no evitadas.

<sup>116</sup> Lo advierte con razón ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 125, en referencia a la relación entre el funcionario penitenciario y los reclusos.

<sup>117</sup> En este sentido, cfr. RUDOLPHI/STEIN, «§ 13», *SK-StGB*, entr. 119, 2009, nm. 54c y 54d.; o TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en VIVES ANTÓN et al. (eds.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, 2014, pp. 873 y ss., con múltiples referencias jurisprudenciales sobre el especial deber de protección del policía respecto de las personas detenidas. A propósito de la relación funcionario penitenciario - recluso, en este mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, (38), 1989, pp. 368 y ss.; EL MISMO, *ADPCP*, 1991, pp. 563 y ss.

rehén o, incluso, a uno de sus propios compañeros, el agente está obligado por un deber de la máxima intensidad (de garante) a evitar dicha agresión. En cambio, y volviendo al ejemplo presentado al inicio de este trabajo, no cabe fundamentar la posición de garantía del agente que durante una ronda rutinaria advierte cómo un sujeto intenta acabar con la vida de su ex mujer.<sup>118</sup> En el momento en el que se desencadena la situación de necesidad no existe la necesaria relación bilateral de garantía específica que fundamentaría la imposición de un deber de garante.<sup>119</sup> El policía que tolera el homicidio, en suma, no es responsable del mismo en comisión por omisión. Esto, sin embargo, tampoco significa que la omisión del agente de policía deba ser jurídico-penalmente tratada como la de cualquier otro particular.

Y es que una vez se admite que la especie o intensidad normativa de un deber depende del grado de autovinculación del posterior obligado al que reconducir su nacimiento, parece obligado concluir con Silva Sánchez que la clásica bipartición entre deberes de garante y deberes de solidaridad mínima resulta insuficiente.<sup>120</sup> Esta bipartición obliga a equiparar normativamente en su intensidad deberes que ameritan una distinta protección penal. Entre los deberes de garante (o de competencia plena) y los de solidaridad mínima (o competencia mínima), ha de reconocerse una tercera categoría, a la que denomino de competencia preferente y que está conformada por aquellas obligaciones fundada en actos de libertad del obligado a caballo entre los que legitiman auténticos deberes de garante y los prácticamente

<sup>118</sup> Que la intervención del agente de policía que solo observa cómo se comete un robo es menor que la del que planifica la comisión y proporciona las armas es —acertadamente— reconocido por DIAS, *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, p. 396, n. 32, quien, pese a ello, opta por relegar la solución del problema al momento de determinación de la pena, una vez aceptada la posición de garantía del agente de policía. Dicho proceder resulta, por un lado, dogmáticamente contradictorio, pues se niega lo que se pretende afirmar: que se trata de infracciones de deber equivalentes; y, por el otro, político-criminalmente desacertado, pues la escapatoria de emergencia en forma de un castigo menos gravoso allana el camino en la praxis judicial a la extensión de la punición en comisión por omisión. En este sentido, vid. solo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2012, p. 474.

<sup>119</sup> Si ocupan en cambio una posición de garantía aquellos dos agentes de policía que tras la llamada de la víctima —en conocimiento de ésta y del resto de sus compañeros— se comprometen (personalmente y de manera efectiva) a acudir en su ayuda y no evitan la realización del peligro tras llegar al lugar de los hechos. Evidentemente, la adopción de un criterio material para la fundamentación de una posición de garantía más allá de la mera remisión formalista a un deber extrapenal abre la puerta a la existencia de supuestos “grises”. Ello, sin embargo, no constituye un argumento suficiente para dejar de trazar las distinciones necesarias para un tratamiento dogmático justo de las omisiones de los agentes de policía. El problema, en cierto modo, es sustancialmente parecido al que plantea la delimitación entre la posición de garantía del médico y su deber socorro especial del art. 196 CP. Al respecto cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 155 y ss.; o MOLINA FERNÁNDEZ, «Capítulo V. Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal, PE*, v. II, 1998, pp. 182 y ss., para quien el genérico compromiso bastaría para fundamentar un castigo (atenuado) del facultativo en comisión por omisión.

<sup>120</sup> Aunque solo a propósito del delito omisivo, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2012, p. 470, n. 8, pp. 476 y s.; EL MISMO, en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 155 y ss. Y en este mismo sentido, sobre el grado de ejercicio de libertad en el momento del nacimiento de la obligación como criterio de gradación de la responsabilidad penal, vid. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57; EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 121 y ss.

inaprehensibles que caracterizan el nacimiento de los deberes de solidaridad mínima.<sup>121</sup> Entre estos deberes de competencia preferente se cuentan, además de los deberes negativos de salvamento tras injerencias no plenamente responsables (art. 195.3 CP), algunos deberes positivos en el marco de las relaciones familiares (arts. 226 y ss. CP), así como ciertos deberes positivos vinculados al ejercicio de funciones públicas (arts. 196, 320, 329, 407 y ss., 412.3 CP).<sup>122</sup>

Pues bien, en mi opinión, esta última es precisamente la naturaleza normativa de los deberes genéricos que obligan a los agentes de policía a conjurar peligros y, en particular, a evitar la comisión de hechos delictivos.<sup>123</sup> El acto de autonomía apreciable en el ingreso a la institución, reactualizado diariamente en el inicio de la jornada laboral,<sup>124</sup> fundamenta una obligación especial de perseguir y evitar el delito, pero es *per se* insuficiente para imputar el resultado no evitado al agente en comisión por omisión. Así pues, el agente de policía que durante su patrulla de rutina advierte por casualidad cómo un sujeto se dispone a matar a su ex mujer y decide continuar su marcha sin detener siquiera el vehículo no comete un homicidio cuando el agresor consuma el delito, sino que infringe un deber positivo especial de (competencia preferente) que le obliga a evitar el hecho delictivo en condiciones algo distintas a las de un particular. Que la negativa a atribuir una indiscriminada posición de garante a los policías no supone, como en ocasiones se afirma o deja entrever,<sup>125</sup> la resolución del pacto social o el abandono del particular a merced de la voluntad de sus conciudadanos parece incuestionable a tenor de los niveles de seguridad interna y paz social alcanzados en nuestro país sin necesidad de atribuir a los agentes de policía en comisión por omisión los delitos no evitados.

Llegados a este punto, queda simplemente por definir el encaje que el CP español ofrece al deber policial de competencia preferente de evitar hechos delictivos.

<sup>121</sup> Sobre esta tripartición de los deberes en atención a su especie, en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 289 y ss.

<sup>122</sup> Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 296 y ss.; y resumidamente, EL MISMO, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), 2017, p. 26; EL MISMO, «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP*, (69), 2016, pp. 101 y ss.

<sup>123</sup> En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, «La comisión por omisión y el nuevo código penal español», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 102 y s.; ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 123 y ss.; recientemente, VACHELLI, *InDret*, (4), 2017, p. 9, n. 18. En la doctrina alemana, en un sentido parecido, tempranamente, GRÜNWARD, *ZStW*, (70), 1958, p. 428; o SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 363, quien valora la omisión del agente de policía como una omisión pura especialmente merecedora de pena.

<sup>124</sup> Otro problema a tomar en consideración es el de cómo valorar la omisión del policía fuera de servicio. Como se ha apuntado arriba, según el art. 5.4 LOFCS, los agentes de policía deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar. En mi opinión, un sistema penal atento a la necesidad de que la intensidad del deber guarde relación con el acto de autovinculación del obligado ha de distinguir entre la omisión del policía en el ejercicio de sus funciones y aquel que se encuentra libre de servicio. En todo caso, el deber positivo impuesto al agente franco de servicio tendría que gozar de una mayor intensidad normativa que el deber general de evitación del delito impuesto a todo ciudadano (art. 450 CP).

<sup>125</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/77d.

Como se ha apuntado ya, la regulación española dista con mucho de ofrecer una solución adecuada para esta clase de supuestos, por lo que es imprescindible una reforma urgente de estos tipos omisivos puros. Más concretamente, estimo necesaria una modificación del art. 408 CP de suerte que únicamente encuentren cabida en él las omisiones de los agentes de policía que dejan de promover la persecución de delitos ya consumados,<sup>126</sup> así como modificar el art. 412.3 CP, convirtiéndolo en un subtipo especial del art. 450 CP para la omisión de los agentes de policía, tanto dolosa como imprudente. La pena a prever para la omisión dolosa del agente de policía habría de ser sensiblemente superior a la prevista para la omisión del particular y modulada en función de la gravedad del delito no impedido.<sup>127</sup> Hasta entonces, sin embargo, parece recomendable seguir castigando a los agentes de policía conforme al tipo común del art. 450 CP,<sup>128</sup> en concurso ideal con el art. 412.3 CP.<sup>129</sup> Solo así se enmienda, aunque sea parcialmente, la insostenible antinomia axiológica generada por los marcos penales establecidos por el legislador español en los arts. 450 y 412.3 CP.

#### 4. Sobre la legitimidad del deber de tirar a matar de los agentes de policía

Hasta ahora se ha concluido que los agentes de policía quedan obligados con carácter general por un deber de competencia preferente a evitar la comisión de hechos delictivos. El cumplimiento de esta obligación puede suponer en el caso concreto una injerencia lesiva en los derechos del agente responsable por el peligro conjurado. Asumida la reducción del margen de discrecionalidad del agente a cero, dicha injerencia no solo estará permitida, sino que será incluso jurídicamente obligatoria. La omisión del agente que decide no intervenir es entonces penalmente ilícita. Llegados a este punto, y retomando de nuevo el ejemplo presentado al inicio de este trabajo, solo queda por responder a una última cuestión: asumiendo que el único medio disponible *ex ante* eficaz para conseguir conjurar una agresión contra la vida de un inocente consiste en disparar mortalmente al agresor, ¿puede obligar legítimamente un ordenamiento jurídico al agente de policía a efectuar el disparo letal? ¿puede un ordenamiento que se dice liberal imponer deberes de matar a sus agentes de policía bajo amenaza de pena?

<sup>126</sup> En esta misma línea, cfr. SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, 1999, p. 50, n. 105.

<sup>127</sup> En todo caso, el carácter doloso o imprudente del delito antecedente no evitado no habría de ser tomado en cuenta a la hora de determinar el quantum de pena. Dubitativo al respecto, RAMÓN RIBAS, «Autoría y participación en los delitos imprudentes. Omisión del deber de socorro», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4), 2000, p. 578.

<sup>128</sup> Que a su vez constituye ley especial frente a la infracción del deber de socorro general del art. 195 CP. Al respecto, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal, PE*, v. II, 1998, pp. 175 y s.

<sup>129</sup> Esta solución es la defendida, entre otros, por SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, 1999, p. 183; o MUÑOZ CONDE, *PE*, 10ª ed., 2015, p. 858.

Se trata en lo que sigue, en definitiva, de valorar la legitimidad del deber de efectuar el así llamado “disparo final salvador”, es decir, del homicidio doloso (conforme a deber) cometido por un agente de policía para salvar un bien jurídico fundamental a costa de la vida de quien es considerado competente por la situación de peligro.<sup>130</sup> Evidentemente, los reparos que suscita la legitimación de un deber cuyo cumplimiento requiere la causación dolosa de la muerte de una persona son incluso mayores que los que plantea la justificación de un homicidio en legítima defensa.<sup>131</sup> En realidad, ello no es más que el reflejo de la primacía general que se atribuye a la noción de derecho (subjetivo) frente a la de deber en el marco de un ordenamiento liberal: para el que divisa en la libertad un valor incondicional, es el deber, y no el derecho, la institución que precisa de un especial esfuerzo justificativo.<sup>132</sup> La inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de previsiones específicas que regulen el “disparo salvador final” agrava sin duda el referido problema de legitimación.<sup>133</sup>

Hasta donde alcanzo, la mayoría de los autores que se han pronunciado al respecto en nuestro país lo han hecho negando la existencia de un deber jurídico de usar letalmente armas de fuego. Un ordenamiento jurídico liberal no podría amparar bajo ningún concepto la orden intencionada de tirar a matar bajo la eximente del art. 20.7 CP.<sup>134</sup> Contra un deber de esta naturaleza hablaría, por un lado, el carácter absolutamente preeminente de la vida como el primero de los derechos fundamen-

<sup>130</sup> Sobre el “disparo final salvador”, con detalle, vid. GIGER, *Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss*, 2013, pp. 9 y s.; MUBGNUG, *Das Recht des polizeilichen Schusswaffengebrauchs*, 2001, pp. 82 y ss.; o GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 8, nm. 450 y s.

<sup>131</sup> Vid. el interesante análisis sobre la prohibición del homicidio como una constante atemporal y universal de DREIER, «Grenzen des Tötungsverbot – Teil 1», *JZ*, 2007, p. 261, pp. 264 y ss. Desde una perspectiva estrictamente ética y teológica, SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, pp. 81 y ss., 198 y ss., 216 y ss.

<sup>132</sup> Lo advierte meridianamente LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1992, pp. 1 y s. Sobre el reto ético-jurídico que supone la imposición de un deber de matar, vid. SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, pp. 216 y ss.

<sup>133</sup> Críticos con la falta de regulación legal taxativa sobre el uso de armas de fuego en nuestro país, vid. además GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 17ª ed., 2015, p. 846. Un análisis de la regulación alemana al respecto puede leerse en SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 10, nm. 560 y ss. En líneas generales, los Estados que lo regulan optan por restringirlo a las situaciones en las que el disparo mortal es el único medio para conjurar un grave peligro para la integridad física o para la vida de un ciudadano. En los Estados donde no existe una regulación explícita, suele recurrirse a una interpretación restrictiva de la cláusula general que regula el uso de armas: éste solo es legítimo para impedir a un sujeto que agrede a otro o huya. Sobre esta genérica cláusula, vid. GIGER, *Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss*, 2013, pp. 39 y ss. Para un detallado análisis de la regulación de la coacción pública inmediata en el Derecho comparado (alemán, inglés, norteamericano etc.), incluido el uso letal de la fuerza, vid. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, pp. 243 y ss., 297 y ss.

<sup>134</sup> En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, pp. 231 y ss., 364 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley*, (2), 1983, pp. 766 y ss.; EL MISMO, «Otra vez sobre la “Ley de Fugas”», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (14), 1987, pp. 403 y s.; OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 545: «sí podrá serlo [encuadrado en el art. 20.7 CP], sin embargo, si ante una situación extremadamente crítica donde existe un inminente peligro para la vida de la víctima, el agente interviene con la intención de neutralizar al delincuente sin causarle la muerte, pero ésta finalmente sobreviene por lo arriesgada o difícil que resultaba su ejecución». En la doctrina alemana, niega también el carácter obligatorio del “disparo final salvador”, SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 10, nm. 560, n. 167.

tales (art. 15 C.E), el inexcusable respeto de la dignidad de la persona, la supresión en nuestro ordenamiento de la pena de muerte, así como el derecho a un proceso penal rodeado de las debidas garantías (art. 24 CE).<sup>135</sup> Por el otro, se ha afirmado que, en caso de aceptar la existencia de un deber de disparar a matar, habría de reconocerse que el superior que no ordena —o el agente que no ejecuta— el disparo letal incurrir en algún tipo de responsabilidad por los daños no evitados, por ejemplo, por la muerte del rehén a manos de su secuestrador, algo que, sin embargo, resultaría axiológicamente insoportable.<sup>136</sup> No existiría, en definitiva, bajo ningún concepto un deber de disparar intencionalmente a matar, siendo —desde la óptica del art. 20.7 CP— el disparo mortal siempre un «acto esencial y radicalmente desaprobado», por falta de necesidad en abstracto.<sup>137</sup> Ello, sin embargo, no empecería para que, dándose las circunstancias propias de una situación de legítima defensa, el agente de policía que libremente optara por defender al sujeto agredido en legítima defensa de terceros pudiera ver justificado su homicidio típico.<sup>138</sup> De este modo, el ordenamiento conseguiría negar la antijuridicidad del disparo sin tener que mancharse las manos reconociendo la existencia de un deber jurídico-penal de tirar a matar: solo una situación de legítima defensa, propia o de terceros, podría justificar un homicidio doloso.

En mi opinión, sin embargo, ni los anteriores argumentos ni la conclusión a la que llegan resultan convincentes. Ello, en primer lugar, porque al negar la legitimidad del deber de matar aludiendo simplemente a su supuesto carácter autoritario y al peso de la vida y la dignidad de la víctima se excluye por completo del juicio de valor la posición jurídica del afectado en caso de omitir el agente el disparo salvador mortal. Un Estado liberal moderno también conoce de deberes positivos de protección, deberes que encuentran su correlato en los derechos del necesitado a

<sup>135</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley*, (2), 1983, p. 766; SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, p. 298; OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 545; IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 289. En la doctrina administrativista, en un sentido parecido, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 17ª ed., 2015, p. 846.

<sup>136</sup> Cfr. OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 546.

<sup>137</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley*, (2), 1983, pp. 766 y s. Negando igualmente la necesidad abstracta del uso de violencia mortal más allá de los supuestos de legítima defensa, vid. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, pp. 364 y ss.; o IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 284.

<sup>138</sup> OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 545; o ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley*, (2), 1983, pp. 764 y s.: «no hay fin que autorice la dolosa causación de una muerte fuera del supuesto de la causa de justificación de legítima defensa a la que todos tenemos derecho a acogernos (art. 14 CE), sin que los poderes públicos tengan en este terreno prerrogativas especiales (art. 9.1 CE)». En este mismo sentido, vid. además IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 284: el “disparo final a matar” sería —fuera de las situaciones de legítima defensa— siempre antijurídico, pues todo conflicto entre la seguridad pública y la vida del agresor habría de resolverse en favor de este segundo bien.

una protección eficaz del Estado.<sup>139</sup> Evidentemente, en los casos que ahora nos ocupan, a este deber positivo de protección se opone en un primer momento el deber negativo de no injerencia en la esfera del agresor. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos en los que la salvación de una vida humana exige acabar con la de un ciudadano ajeno por completo a la fuente de peligro (inocente),<sup>140</sup> ha de afirmarse aquí que, dada la responsabilidad exclusiva del sujeto agresor por la situación de conflicto, es a éste al que le compete primariamente soportar los costes de su solución,<sup>141</sup> de modo que el deber positivo de protección del necesitado ostenta en tal caso un rango preferente frente al negativo de no injerencia.<sup>142</sup> Y

<sup>139</sup> Cfr. *supra* n. 13. Y en el Derecho de policía, asimismo, KRÜGER, «Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch», *NJW*, (1/2), 1973, p. 3; o SUNDERMANN, «Polizeiliche Befugnisse bei Geiselnahmen», *NJW*, (50), 1988, p. 3193.

<sup>140</sup> Una breve aproximación al problema de los conflictos de deberes estatales a propósito del homicidio doloso de inocentes en el caso del derribo de un avión secuestrado puede leerse en LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2ª ed., 2015, pp. 375 y ss., con ulteriores referencias a la doctrina constitucionalista alemana; y a propósito de la así llamada “tortura salvadora”, vid. p. ej., CANO PAÑOS, *RDPC*, (12), 2014, pp. 47 y ss. Acentúa la relevancia de la responsabilidad del agresor a efectos de legitimar el uso letal de la fuerza, DREIER, *JZ*, 2007, p. 266.

<sup>141</sup> Sobre la provocación responsable de una situación de conflicto como criterio de atribución de los costes de su disolución, en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 339 y ss.; y resumidamente, EL MISMO, «Coches autopilotados en situaciones de necesidad», *CPC*, (122), 2017, pp. 251 y ss., 271 y ss. De ello se desprende, además, que el disparo mortal solo será obligatorio cuando su ejecución no ponga en peligro los intereses de terceros no responsables más allá de lo exigido por el deber mínimo de tolerancia que se impone con carácter general a los particulares en las situaciones de estado de necesidad policial. Al respecto, en el Derecho de policía alemán, en profundidad, PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 74 y ss.; GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., 2017, § 5, nm. 379 y ss.; THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 130 y ss.; o WAECHTER, *JZ*, 2007, p. 67. Como en el texto, vid. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, (21), 1983, p. 743. Especialmente problemáticos resultan los supuestos en los que el agresor se vale de un inocente, p. ej., un rehén, a modo de “escudo humano” para obstaculizar la reacción defensiva del agente de policía. Al respecto, en detalle, LEADER-ELLIOTT, «Shooting to Kill Innocents: Necessity, Self-Defence and Duress in the Commonwealth Criminal Code», en BRONITT et al. (eds.), *Shooting to Kill*, 2012, pp. 126 y ss. Hasta donde alcanza, el deber positivo de protección del funcionario policial para con la víctima amenazada por el delito decae cuando su cumplimiento exige injerirse en la esfera de un inocente más allá de los límites del estado de necesidad agresivo. El deber de garante negativo para con el escudo humano prima sobre el de competencia preferente de naturaleza positiva. Cfr. sin embargo, KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», *FS-Schroeder*, 2006, pp. 257 y ss., 267 y ss.; EL MISMO, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 287 s., quien admite la justificación de la defensa mortal que recae sobre el “escudo humano” conforme a la lógica del estado de necesidad defensivo; y en casos de extrema desproporción entre el número de vidas en juego, llega a la misma conclusión que KÖHLER aunque a partir de un razonamiento colectivista, LEADER-ELLIOTT, *ob cit.*, pp. 128 y s. El problema cambia, claro está, cuando no pueda afirmarse la absoluta irresponsabilidad del escudo humano, p. ej., porque consiente con ser utilizado para dificultar la reacción defensiva. ¿Agrade —a los efectos que aquí interesan— quien simplemente trata de obstaculizar la defensa en apoyo del agresor principal? En mi opinión, el “escudo humano” es entonces sujeto pasivo legítimo de una reacción defensiva. La introducción de una razón *prima facie* debilitadora del derecho de defensa del agredido constituye normativamente un acto de contribución (responsable) a la determinación final de la agresión. Como aquí, aunque en el marco del Derecho internacional humanitario, vid. SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2017, pp. 6 y s. Cuestión distinta es que, al igual que la teoría de la intervención delictiva distingue entre el autor y el cómplice, la teoría de la justificación haya de tomar también en cuenta la menor contribución a la agresión de quien simplemente acepta entorpecer la reacción defensiva. Ello pasaría, p. ej., por reconocer un derecho de defensa al agredido frente al “escudo” menos intenso que el que le correspondería frente al agresor principal.

<sup>142</sup> Así, de forma meridiana, CH. JAKOBS, *DVBI*, (2), 2006, pp. 84 y ss.; o KRÜGER, *NJW*, (1/2), 1973, p.

puesto que en las situaciones de conflicto aquí tratadas está en juego tanto la vida como la dignidad de todos los agentes implicados, la alusión al bien jurídico en peligro o a la dignidad de cualquiera de ellos no es idónea para resolver ni en un sentido ni en otro la situación dilemática.<sup>143</sup> Precisamente porque la vida es un bien de primer orden, el Estado está obligado positivamente a proteger al sujeto amenazado a costa de los intereses de quien responsablemente ha ocasionado el conflicto, incluso cuando ello suponga tener que acabar con la vida del injusto agresor como único medio eficaz disponible.<sup>144</sup>

Y adviértase que la solución aquí propuesta, pese a basarse en el principio de autorresponsabilidad del agente perturbador, fundamento del derecho de legítima defensa,<sup>145</sup> no implica que el agente de policía solo pueda disparar a matar cuando se den los presupuestos de una situación de legítima defensa.<sup>146</sup> En primer lugar, porque no cabe fundamentar frente al sujeto amenazado el que se otorgue al agente de policía una mera potestad de defensa. Ello constituiría a todas luces una infraprotección de su derecho fundamental a la vida injustamente amenazado.<sup>147</sup> Al remitir —como habitualmente se hace—<sup>148</sup> la solución del problema al ámbito de la legítima defensa, en primer lugar, se está negando *de facto* el deber de intervenir del agente. De este modo, se deja en manos de cada uno de los policías implicados la decisión sobre si desean o no salvar al sujeto necesitado. Ello, además de generar problemas prácticos de coordinación en la actividad policial, pues no todos los

4, quien advierte en la especial relevancia del deber positivo de protección de la vida la razón que legitima los especiales deberes de sacrificio impuestos a los agentes de policía en el ejercicio de sus funciones. En la discusión (ius)filosófica, como aquí, GARDNER, en DUFF et al. (eds.), *The Constitution of the Criminal Law*, 2013, p. 113.

<sup>143</sup> Que el disparo mortal no constituye una afectación inasumible de la dignidad del agresor lo ponen en evidencia tanto CH. JAKOBS, «Terrorismus und polizeilicher Todesschuss», *DVBl*, (2), 2006, p. 84; como PAWLIK, «Deutschland, ein Schurkenstaat?», *FAZ- Feuilleton*, 1 de marzo de 2003: «El agente de policía que ejecuta un disparo mortal final en una situación límite de carácter existencial se limita únicamente a neutralizar la amenaza proveniente de la víctima del disparo. Con su actuación, el policía no expresa adicionalmente menosprecio alguno del derecho al reconocimiento personal de la víctima». Y entre nosotros, fundamental, CANO PAÑOS, *RDPC*, (12), 2014, p. 72, n. 138, quien señala que «en la constelación del «disparo mortal final» no se produce la sumisión procedimental de un sujeto bajo una voluntad ajena»; y anteriormente, de idéntica opinión, CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2000. p. 301, n. 38.

<sup>144</sup> Como aquí, QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, (21), 1983, p. 744, quien admite la legitimidad de la orden de tirar a matar o la ejecución motu proprio cuando «dada la naturaleza del delito a reprimir, esté en juego la vida y/o libertad de terceros inocentes y sea la *última* posibilidad de acabar con la situación antijurídicamente creada» [cursiva en el original]. En el Derecho alemán de policía, sobre la legitimidad del disparo mortal salvador (*Finaler Rettungsschuss*), cfr. THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 8, nm. 185, § 12, nm. 18; KRÜGER, *NJW*, (1/2), 1973, p. 4. Aunque en el marco del Derecho internacional humanitario, reconoce igualmente la legitimidad de un deber de matar, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2017, p. 4.

<sup>145</sup> Al respecto, con ulteriores referencias, cfr. COCA VILA, *ADPCP*, (69), 2016, pp. 99 y ss.

<sup>146</sup> Con razón, DONATSCH, *ZStrR*, (106), 1989, p. 359.

<sup>147</sup> En este sentido, muy claro, SUNDERMANN, *NJW*, (50), 1988, p. 3193; y en detalle, EL MISMO, *Schußwaffengebrauch im Polizeirecht*, 1984, p. 86: el agente de policía no solo tiene el derecho de tirar a matar, sino que está —bajo determinadas circunstancias— obligado a ello.

<sup>148</sup> Muy claros en este sentido, OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, pp. 544 y s.; o SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, 1995, pp. 215 y s., 297 y ss.

agentes tendrían por qué comportarse ante una misma situación de conflicto de igual modo; supondría abrir la puerta a soluciones radicalmente opuestas a problemas idénticos, algo difícilmente compatible con el principio de igualdad que ha de regir la actuación (coactiva) del poder ejecutivo (art. 14 CE).<sup>149</sup> Y en segundo lugar, la tesis que vincula la legitimidad del disparo mortal a las condiciones de la legítima defensa resulta inaceptable en la medida en que niega la justificación de un disparo mortal tendente a evitar, por ejemplo, la fuga de un peligroso terrorista que con una alta probabilidad cometerá un atentado en cuanto logre esquivar la persecución policial. Dado que aquí no cabría todavía hablar de un agresión actual para la vida de ningún ciudadano, pese a que el art. 5.2. d) LOFCS sí autoriza en tal situación el uso de armas de fuego, el disparo mortal habría de ser necesariamente catalogado como antijurídico. Esta conclusión, sin embargo, me parece precipitada, además de incompatible con la propia dogmática del estado de necesidad defensivo en supuestos de agresiones inminentes todavía no actuales (legítima defensa preventiva).<sup>150</sup> Cuando el disparo mortal sea la única forma posible de evitar una posterior agresión a la vida que ya no podrá conjurarse a posteriori,<sup>151</sup> piénsese en el terrorista que pretende esquivar un control policial con la intención de llegar hasta el centro de una ciudad para atropellar al mayor número posible de personas; el homicidio doloso, incluso intencional,<sup>152</sup> no será antijurídico, por mucho que no quepa justificarlo en legítima defensa.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> Advierten este problema, entre otros muchos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 12/42; y PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 368.

<sup>150</sup> Sobre la estrecha relación en sus fundamentos y límites entre el Derecho de policía y el estado de necesidad defensivo, cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 432. Sobre la legítima defensa preventiva, con detalle, PAWLIK, «Der rechtfertigende Defensivnotstand», *JURA*, 2002, p. 29; o PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 366 y s. Y sobre el criterio de la actualidad de la necesidad de actuar en el estado de necesidad defensivo, en profundidad, vid. WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 525 y ss., 529 y ss., 533: «Si la muerte futura va a tener lugar con toda probabilidad a menos que se realice la acción homicida o gravemente lesiva actual, es posible reconocer la configuración de un inevitable “tú o yo”».

<sup>151</sup> Puede quedar aquí a un lado el problema de qué medidas —menos lesivas— pueden ser consideradas eficaces obstruyendo el nacimiento del derecho/deber de tirar a matar. En todo caso, en contra de lo que en muchas ocasiones se sostiene en la doctrina española (cfr. p. ej., PORTILLA CONTRERAS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (12), 1987, p. 163), el disparo al aire o el aviso previo no son siempre condición indispensable para poder efectuar el disparo posterior. En la medida en que el aviso pueda poner en peligro grave la vida del agente o el éxito de la intervención, aquél tampoco será necesario. Lo advierten con razón, SUNDERMANN, *NJW*, (50), 1988, p. 3192; CH. JAKOBS, *DVBI*, (2), 2006, p. 84; y en el marco de operaciones contra terroristas suicidas, en este mismo sentido, MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 139. A propósito del secuestro de rehenes, señala QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, (21), 1983, pp. 740 y ss., p. 742, que «la liberación de presos o detenidos debe ser aceptada y llevada a cabo si con ello se pone a fin [sic] a la pesadilla de los inocentes; el pago del rescate exigido tampoco parece que haya de ser descartado». En cambio, niega un deber genérico de liberar a presos en tales situaciones, abogando por facultar al Estado a ello, KÜPER, *Darf sich der Staat erpressen lassen?*, 1986, pp. 97 y ss., 131 y ss.

<sup>152</sup> No alcanzo a ver por qué el carácter intencional del homicidio habría de afectar a la legitimidad de la actuación policial. Vid. en cambio, RUPPRECHT, «Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben», *JZ*, 1973, p. 265, quien entiende que, dado que es suficiente con dejar inconsciente al agresor para evitar cualquier peligro imaginable, el homicidio solo podría quedar justificado en casos de dolo eventual. Allí donde la conjura del peligro exija neutralizar instantáneamente al agresor, siendo obligado disparar a

Esto, sin embargo, no es óbice para afirmar que la legitimidad del disparo mortal está necesariamente vinculada a la constatación *ex ante* de un peligro actual o inminente para bienes jurídicos fundamentales,<sup>154</sup> sin que la mera condición de delincuente peligroso o de miembro de una organización terrorista,<sup>155</sup> incluso cuando aquellos traten de huir o de evitar una detención tras la comisión de graves hechos delictivos, habiliten *per se* al agente de policía a acabar con la vida de un ser humano.<sup>156</sup> El agente policial está obligado a detener en tal caso al presunto delincuente, poniéndolo a disposición de la autoridad judicial (art. 492 LECrim), siendo siempre ilegítima cualquier conducta de retorsión. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, en resumidas cuentas, no hay margen ni para ejecuciones extrajudiciales punitivas ni para asesinatos selectivos; sí, en cambio, para el recurso policial a la fuerza letal cuando, a falta de un medio menos lesivo, se trate de evitar graves daños para bienes jurídicos fundamentales ilegítimamente amenazados.<sup>157</sup>

Incorporada a la ecuación la figura del ciudadano amenazado, en tanto que titular de derechos que merecen ser protegidos, se disipan además las reticencias de Olmedo Cardenete frente a la posibilidad de castigar al agente de policía que omite

zonas vitales, el homicidio intencional también podrá ser conforme a Derecho. En este sentido, con razón, CH. JAKOBS, *DVBI*, (2), 2006, p. 83.

<sup>153</sup> En un sentido parecido, cfr. p. ej., PORTILLA CONTRERAS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (12), 1987, pp. 161 y 163, quien a propósito de los supuestos de fuga entiende que cuando «el disparo sea imprescindible, éste debe efectuarse sobre una zona no vital, salvo que la muerte del fugado sea el único medio de evitar el peligro creado» (p. 163), es decir, «cuando haya peligro objetivo e inminente para su vida [la del agente] o integridad física o la de terceros, incluyéndose los presuntos atentados contra colectivos» (p. 161). Y en ese mismo sentido, vid. MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, pp. 127 a 129, quien defiende la legitimidad de la así llamada “*fleeing felon rule*”. El disparo mortal es legítimo si es la única forma de prevenir la fuga de una persona de la que cabe razonablemente esperar que amenace posteriormente de forma significativa la vida o integridad física de terceros o de los propios agentes de policía. En el mismo sentido, vid. KLEINING, *The Ethics of Policing*, 1996, pp. 113 y s. En cambio, restringiendo la legitimidad del “disparo final salvador” a la situaciones de peligro actual para la vida o integridad física, cfr. THIEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3ª ed., 2016, § 12, nm. 18; o WÜRTEMBERGER/HECKMANN/TANNEBERGER, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 7ª ed., 2017, § 8, nm. 51.

<sup>154</sup> De ahí que la abolición de la pena de muerte no sea un argumento válido en contra de la legitimidad del disparo que conjura un peligro grave para un bien fundamental. En este sentido, muy claro, vid. SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 10, nm. 560.

<sup>155</sup> Al respecto, cfr. recientemente SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2017, pp. 10, 13 y s., quien plantea la posibilidad de advertir en la misma existencia de una banda terrorista una agresión permanente para la soberanía de un Estado capaz de legitimar —en situaciones extremas— un homicidio doloso del terrorista que la integra.

<sup>156</sup> En este sentido, tempranamente, QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, (21), 1983, pp. 740 y ss.; y de idéntica opinión, PORTILLA CONTRERAS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (12), 1987, pp. 162 y s. En la discusión filosófico-moral, acerca del ejercicio de fuerza letal en las situaciones en las que está en juego el detener a un asesino que no supone un riesgo a futuro, cfr. MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, pp. 125 y ss., quien niega aquí el deber de disparar a matar.

<sup>157</sup> Hasta donde alcanzo, el ejercicio letal de la fuerza policial es igualmente legítimo cuando se trate de conjurar graves afectaciones a la integridad física o, incluso, a la libertad (sexual). En el hipotético y difícilmente imaginable supuesto en el que la única forma viable de evitar un delito de violación fuera disparando mortalmente al agresor, el agente de policía quedaría efectivamente obligado a ello. Ningún particular tiene por qué tolerar que el Estado deje de cumplir su deber positivo ante una amenaza como ésta, incluso cuando ello requiera acabar con la vida del agresor.

efectuar el disparo mortal.<sup>158</sup> Asumida la legitimidad del deber en estos casos, nada impide el castigo razonable del agente de policía que se niega a salvar la vida del necesitado.<sup>159</sup> Si como aquí se hace, se niega una posición genérica de garantía, el riesgo de una excesiva dureza a la hora de reprimir la omisión del agente de policía queda adecuadamente amortiguado.<sup>160</sup>

Y por último, adviértase asimismo que los problemas de exigibilidad subjetiva que se presentan cuando se trata de obligar a un particular a llevar a cabo un disparo mortal no se presentan o, como mínimo, no en una intensidad comparable, cuando se trata de obligar a agentes de policía profesionales.<sup>161</sup> Pese a que la cuestión ha pasado hasta el momento ampliamente desapercibida en la doctrina penal,<sup>162</sup> todo parece indicar que no cabe reconocer con carácter general un espacio para la exculpación de la omisión del agente de policía que se niega a disparar, ni amparándose en una incapacidad subjetivo-emocional de cumplir con su deber dada la excepcionalidad de la situación y las consecuencias que su cumplimiento trae consigo (miedo insuperable o estado de necesidad exculpante), ni por estrictas razones de conciencia.<sup>163</sup> Y ello, básicamente, por tres motivos. En primer lugar, porque tales sujetos han escogido libremente el ejercer una profesión a la que el uso de armas de fuego, como mínimo hasta el día de hoy, es inherente.<sup>164</sup> El carácter

<sup>158</sup> OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 1999, p. 545.

<sup>159</sup> Así, claramente, MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 117.

<sup>160</sup> En cambio, vid. SUNDERMANN, *NJW*, (50), 1988, p. 3193, que al admitir la posición de garantía del agente de policía lo considera responsable del homicidio (imprudente) en comisión por omisión cuando no acierta a practicar el disparo letal que hubiera evitado el asesinato de un rehén.

<sup>161</sup> Al respecto, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/24; ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, v. I, 2011, pp. 668 y ss.; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 402 y s.: quienes niegan la responsabilidad penal del particular que por razones de conciencia no salva la vida del necesitado a costa de la del agresor. En la discusión ética, en este mismo sentido, vid. p. ej., SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, p. 224.

<sup>162</sup> Centrada esencialmente en los conflictos de conciencia en el ámbito sanitario, en la negativa al pago de impuestos destinados a fines militares y el conflicto de conciencia ante el deber de participación en una mesa electoral o en un jurado popular. Si se ocupa brevemente del problema de la objeción de conciencia de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, aunque a propósito de la figura del juez, FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en derecho penal*, 2001, pp. 477 y ss. En la discusión ético-teológica se ocupa ampliamente del problema SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, pp. 223 y ss., y en particular, sobre la figura del funcionario policial, pp. 278 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>163</sup> Como aquí, ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, v. I, 2011, p. 668, quien equipara a estos efectos a los agentes de policía los guardaespaldas privados. De distinta opinión, cfr. CH. JAKOBS, *DVBI*, (2), 2006, p. 87, quien entiende que la omisión del disparo basada en razones de conciencia habría de liberar al agente de responsabilidad en consonancia con el art. 4 GG. En un sentido parecido, LISKEN, «Polizeibefugnis zum Töten», *DRiZ*, 1989, pp. 403 y s.; y desde una perspectiva ético-jurídica, vid. SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, pp. 285 y s.: obligar al agente al disparo letal atentaría contra su dignidad.

<sup>164</sup> Lo advierte con razón MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 78, quien señala que en el uso de la coerción, incluso letal, reside el rasgo característico común de los roles institucionales del agente de policía y del soldado. Y más claro todavía, MERTEN, «Zum polizeilichen Schußwaffengebrauch», en EL MISMO (ed.), *Aktuelle Probleme des Polizeirechts*, 1977, p. 106: quien rechaza el uso de armas no puede ser policía. Para SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, p. 286, en cambio, el disparo letal no constituiría un uso de la fuerza inherente a la función policial.

<sup>164</sup> Lo advierte con razón MILLER, *Shooting to Kill*, 2016, p. 78, quien señala que en el uso de la coerción, incluso letal, reside el rasgo característico común de los roles institucionales del agente de policía y del soldado. Y más claro todavía, MERTEN, «Zum polizeilichen Schußwaffengebrauch», en EL MISMO (ed.),

excepcional del disparo letal, como demuestra su explícita regulación en muchos países, no lo convierte en un uso coactivo ajeno a la función policial. Bien mirado, el agente sumido en la situación dilemática es responsable por el conflicto de conciencia en el que se ve sumido,<sup>165</sup> por lo que sería injusto desplazar entonces los costes de solución al ciudadano necesitado. En segundo lugar, porque allí donde resulta obligado un disparo letal están en juego necesariamente bienes fundamentalísimos de particulares, básicamente, la vida, de modo que el derecho a la libertad de conciencia del agente (art. 16 CE) habrá de ceder con carácter general frente al derecho a la vida del sujeto que se ve amenazado.<sup>166</sup> Y en tercer y último lugar, porque más allá de la posibilidad de una renuncia previa a ejercer funciones policiales que requieran el uso de armas de fuego,<sup>167</sup> en los casos que aquí interesan, el agente de policía no puede ser en tiempo y forma sustituido, de modo que el Estado no puede garantizar su deber positivo de protección recurriendo, por ejemplo, a otro funcionario público.<sup>168</sup> El disparo letal constituye, en definitiva, un proceder especialmente drástico, pero (subjetivamente) exigible allí donde la salvaguarda de intereses fundamentales exija acabar con la vida de quien provoca la situación dilemática.

## 5. Conclusiones

I- La doctrina penal viene ocupándose desde antaño —casi en exclusiva— de analizar las condiciones bajo las cuales la coacción policial puede quedar justificada en cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP). Prácticamente desapercibida ha pasado hasta el momento la cuestión de cómo valorar la omisión del agente de policía que, pudiéndolo hacer sin riesgo propio ni de terceros, no evita el comportamiento antijurídico de un ciudadano que pone en riesgo los bienes de otro particular.

II- Los agentes de policía están efectivamente obligados a conjurar peligros tanto para los bienes jurídicos individuales de los particulares como para la seguridad ciudadana. Tales obligaciones se derivan en última instancia del deber positivo de protección del Estado. En consonancia con lo establecido en la LOFCS [art. 5.2. c)]

*Aktuelle Probleme des Polizeirechts*, 1977, p. 106: quien rechaza el uso de armas no puede ser policía. Para SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, p. 286, en cambio, el disparo letal no constituiría un uso de la fuerza inherente a la función policial.

<sup>165</sup> Para THEWES, *Rettungs- oder Todesschuss?*, 1988, pp. 95, 101, el ingreso en la institución policial supone una renuncia al derecho a la libre conciencia en lo que se refiere al uso de armas.

<sup>166</sup> En este sentido, cfr. THEWES, *Rettungs- oder Todesschuss?*, 1988, pp. 88 y ss. Para MERTEN, en EL MISMO (ed.), *Aktuelle Probleme des Polizeirechts*, 1977, p. 106, el Estado no podría permitirse el lujo de priorizar la libertad de conciencia del agente cuando está en juego la vida de un ciudadano inocente.

<sup>167</sup> Sobre la posibilidad de destinar al agente a funciones policiales que no requieran el uso coactivo de la fuerza como medida de evitación de ulteriores conflictos de conciencia, cfr. SCHUSTER, *Finaler Rettungsschuß*, 1996, p. 285.

<sup>168</sup> En esta línea, con razón, MERTEN, en EL MISMO (ed.), *Aktuelle Probleme des Polizeirechts*, 1977, p. 106.

y la doctrina jurisprudencial, el deber del agente de policía de recurrir a la coacción en el cumplimiento de sus funciones policiales queda determinado por los principios de necesidad abstracta (oportunidad), de necesidad concreta (congruencia) y de proporcionalidad.

III- Los agentes de policía no están obligados con carácter general a evitar el menoscabo antijurídico de los intereses de un particular por deberes de garante. Ni el carácter fundamental de la institución a la que sirven ni la libre aceptación del cargo constituyen razones suficientes para imputar al agente cualquier resultado fruto de un comportamiento antijurídico no evitado en comisión por omisión. La omisión del agente constituye la infracción de un deber de competencia preferente a sancionar en el ordenamiento español a través del concurso ideal de delitos entre los arts. 412.3 y 450 CP.

IV- En contra de una extendida opinión doctrinal, en situaciones excepcionales los agentes de policía pueden efectivamente quedar obligados a recurrir al uso letal de la fuerza. En la medida en que un sujeto de forma responsable pone en peligro bienes fundamentales de su víctima, ésta tiene derecho a que el Estado cumpla con su deber positivo de protección, incluso cuando ello suponga acabar con la vida del agresor que responsablemente provoca la situación de conflicto.